UNIVERSITÉ DE FRANCE
FACULTÉ DE DROIT D'AIX

DE

LA MANUS

EN DROIT ROMAIN

Thèse pour le Doctorat

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

PAR

VICTOR VIAL
AVOCAT DU BARREAU DE MARSEILLE

MARSEILLE
TYPOGRAPHIE ET LITHOGRAPHIE BARTHELET ET Cie
19, Rue Venture, 19

1895

DE LA MANUS

EN DROIT ROMAIN

COMMISSION DE LA THÈSE :

M. MOREAU, professeur, *Président*

M. BRY, professeur.

M. BOUVIER-BANGILLON, professeur.

UNIVERSITÉ DE FRANCE

FACULTÉ DE DROIT D'AIX

DE

LA MANUS

EN DROIT ROMAIN

Thèse pour le Doctorat

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

PAR

VICTOR VIAL

AVOCAT DU BARREAU DE MARSEILLE

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

MARSEILLE

TYPOGRAPHIE ET LITHOGRAPHIE BARTHELET ET Cie

19, Rue Venture, 19

1895

A

LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

ET

DE MA MÈRE

INTRODUCTION

CONSIDÉRATIONS SUR L'ORIGINE DE LA « MANUS »

Cette idée qui paraît aujourd'hui toute naturelle, que le mariage donne par lui-même à l'homme sur la femme une certaine autorité, une puissance, est une idée complexe qui ne s'est fait jour que dans les civilisations relativement avancées. Même dans les nations de l'Europe que nous considérons comme ayant atteint, dans l'antiquité, l'apogée de la civilisation, en Grèce, à Rome, il n'est pas de mot, quelque riche que soit la langue, qui corresponde à la notion exacte de notre expression « autorité maritale. »

Chez les Grecs le même mot « Kyrios » désignait le droit du père sur son enfant, du maître sur l'esclave, du mari sur la femme. De même chez les premiers Romains le mot « *Manus* » paraît avoir été un synonyme du mot « *Potestas* » et sous un sens très étendu avoir servi à désigner toute puissance exercée par un citoyen

sur une personne libre ou esclave (1) (définition d'Ulpien L. 4. Dig. I 1, reproduite par Justinien. Inst. princip. liv. I, tit. 5) (2). On en trouve la preuve dans quelques mots formés avec celui-là, tels que : *emancipatio*, *manumissio*, *mancipium* et aussi dans un petit nombre de textes parmi lesquels notamment ceux que nous venons de citer et un passage de Tite Live (3). Plus tard seulement le mot *manus* aurait pris le sens technique et plus particulier que nous allons connaître.

(1) R. Von Ihering. *L'esprit du droit Romain*, Tome II, p. 155.
« La Maison Romaine avec tout ce qu'elle contient : la *familia*,
« est un monde fermé dont la conduite et la direction appartien-
« nent exclusivement au chef suprême, au *pater familias* et dont les
« rapports avec le monde extérieur sont réglés par lui seul...
« diverses expressions chez les Romains désignaient cette puis-
« sance ; ils disaient, par exemple, en se rapportant *à domus*,
« *dominus*, *dominium* puis *herus* — expressions qui désignent plutôt
« le côté de fait, la propriété ; *potestas*, employé surtout pour
« indiquer le côté personnel, c'est-à-dire le rapport entre le chef
« suprême et ses subordonnés... Nous avons enfin l'expression
« *Manus* et dans ce mot, à moins que toutes les apparences ne
« trompent, se retrouve l'expression originaire pour désigner l'en-
« semble de la puissance du chef de la maison sur sa *familia*,
« personnes et choses. »

Le *pater familias* avait une autorité d'une nature unique quoique sous des noms divers : les enfants, garçons ou filles sont dits *in patria potestate*, l'épouse *in manu*, les esclaves *in dominica potestate*, ces distinctions visent moins les effets du pouvoir du chef de famille qui aux premiers siècles s'exerce également sur tous ses membres que l'origine de ce pouvoir et l'évolution juridique dont elle fut le point de départ.

(2) Ulpien. — *Est autem manumissio, de manu missio, id est, datio libertatis : nam quamdiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est : manumissus, liberatur potestate.*

(3) *Tite Live* XXXIV. 2. Discours de Caton contre l'abrogation de la loi Oppia sur le luxe des femmes :

Majores nostri, nullam ne privatam quidem, rem agere feminas sine auctore, voluerunt ; in manu esse parentum, fratrum, virorum.

Les peuples primitifs n'admettent pas la possibilité de la coexistence de plusieurs autorités diverses sur une même personne, de celle du père et du mari par exemple. On n'appartient entièrement qu'à un seul ; un pouvoir exclut l'autre. Ainsi chez les Romains la femme n'est soumise tout d'abord qu'à une seule puissance, celle du père ; et c'est cette puissance qui pourra être transmise à l'époux par certaines formalités spéciales, concomittantes ou non à la célébration du mariage. Par lui-même, le mariage ne donnera pas naissance à une autorité nouvelle. Le mari remplacera le père. La femme sort complètement de la famille paternelle ; elle rompt tous les liens que la naissance a établis pour entrer dans la famille de l'époux, où, en prenant le titre d'épouse, elle conserve le rang de fille. Au point de vue de sa situation légale rien n'est changé, elle est toujours *loco filiæ*.

Dans son sens plus spécial et technique la *manus* désigne la *patria potestas* en mains du mari. Le mari acquiert cette *potestas*, cette *manus*, non par le fait du mariage, mais par des formalités spéciales et là où ces formalités prescrites par la loi ne sont pas remplies, le mari est désarmé, sans pouvoirs sur la femme qui reste sous la puissance et l'autorité de son père seul.

Ce n'est qu'à la suite d'une pénible et lente évolution qu'apparaît la notion d'une autorité spéciale du mari sur la femme, naissant de leur union et coexistante à l'autorité paternelle, sans que celle-ci en demeure affaiblie.

C'est la *manus*, entendue comme puissance conférée au mari sur son épouse, par des formalités distinctes de la cérémonie même du mariage, qui va faire l'objet principal de notre étude.

Cette *manus* primitive, après avoir fourni une longue

carrière se transforma sous les efforts des jurisconsultes, et, tout en conservant sa première application, servit sous le nom de *manus fiduciæ causa* à éluder de vieilles règles du droit civil qui apportaient des restrictions à la capacité et à l'indépendance des femmes. Mais si le nom demeura le même, l'institution était complètement dérivée de son but. Aussi ne nous occuperons-nous que très sommairement de cette *manus*, qui n'était qu'un pâle reflet de l'ancienne.

L'Institution de la *manus* date des origines même de Rome, *ex horrida antiquitate*, suivant l'expression de Tacite. On ne possède sur sa création, il faut le reconnaître, aucun document précis. L'on peut cependant espérer grâce aux éléments que nous fournit la sociologie sur le mariage à la naissance des civilisations, grâce aussi aux renseignements que nous puisons dans l'histoire et aux inductions qui résultent de l'application de la *manus*, telle que les jurisconsultes nous la font connaître, arriver à dissiper les ténèbres dont les origines de cette institution sont entourées.

Le droit d'un pays n'a point sa source dans le hasard ni dans le caprice d'un législateur, mais bien dans le caractère, les mœurs et l'état politique de ses habitants. Il en est ainsi surtout du mariage et des institutions qui s'y rattachent. Sa génèse et les stades de son évolution, se retrouvent à peu près partout les mêmes, sauf les variantes nécessitées par les institutions politiques et les mœurs particulières des pays.

Le peuple romain n'a pas échappé aux lois qui paraissent régir le développement de l'institution du mariage. Après une période de désordre, de chaos moral où la perpétuation de la race s'effectue sans qu'aucune règle y préside, suivant les hasards d'un appétit passager, vient

une période plus calme, le régime patriarcal. Au droit de la mère succède celui du mari, dont la paternité se fait reconnaître. La femme tombe avec ses enfants sous la dépendance absolue du chef de famille, mais elle a conquis sa dignité morale. Lors du groupement des familles en cités, puis en état, l'autorité du chef de famille, comme père, époux et maître, se heurte à un pouvoir supérieur qui lui enlève toute omnipotence et la condition de la femme s'élève peu à peu vers l'indépendance ou tout au moins vers l'égalité sociale.

La *manus* est déjà une étape avancée dans l'évolution du mariage. En effet, cette institution apparaît comme une régularisation légale des mariages primitifs, dont les procédés rudimentaires se retrouvent encore dans les moyens employés pour la constituer. Les règles qui la régissent ont dû être forcément la transformation en droit d'un fait preexistant et universellement reçu : *Eo jure quo consensu est introductæ sunt*. Gaius Com. III § 82. Ces règles n'ont vu le jour que lorsque la nécessité de lois s'est fait sentir pour établir d'une façon certaine la situation des hommes dans les familles dont le groupement constituait la cité.

L'historien Théopompe (Ap. Athenæ XII, 14), décrivant les mœurs des premiers habitants de l'Italie, affirme que chez les Thyrrhènes toutes les femmes étaient communes ; les enfants étaient élevés en commun, car nul ne pouvait savoir de quel enfant il était père. La parenté s'établissait par les femmes. Les enfants appartenaient à la mère qui était la source et le chef de la famille.

Ce droit de la mère s'effaça peu à peu devant la paternité qui se fit reconnaître. Seule, en effet, la paternité pouvait permettre à la famille de s'établir sur des bases solides, mais elle nécessitait la certitude de la

filiation et exigeait l'appropriation individuelle de la femme à l'époux.

A la promiscuité qui régnait dans la tribu, à cette confusion primitive qui exclut l'idée de mariage, tel que nous l'entendons, succède l'union de l'homme et de la femme basée quelquefois sur la volonté libre, le plus souvent sur la violence et la capture. (1).

L'achat de la femme constitua un progrès sérieux en évitant les inimitiés que ce rapt devait susciter. Des cérémonies pacifiques remplacent les luttes quelquefois sanglantes qui préludaient à la prise de possession de la femme par le mari.

D'autre part des croyances religieuses se sont fait jour et ont pris corps. Pour s'assurer le repos après la mort, l'homme doit avoir des descendants qui accompliront régulièrement des sacrifices et entretiendront la flamme du foyer familial. Les divinités domestiques sont invoquées au moment de la remise de l'épouse à l'époux ; on leur demande de rendre le mariage heureux et fécond. Ces cérémonies religieuses, dont furent accompagnées l'union de l'homme et de la femme, finirent par constituer à elles seules une forme du mariage. Ce fut le mariage par excellence, la *confarreatio*, celui qui le premier dut recevoir à Rome une consécration légale (2).

Jusqu'à ce moment, le législateur n'était pas intervenu. Le mariage à proprement parler, le mariage légal, n'avait donc pu prendre encore naissance. Il y avait

(1) La puissance juridique elle-même est nommées *Manus*, parce que en fait c'est la main qui l'a fondée, et qui la maintient. *Ihering*, op. cit., t. I, p. 115.

(2) Fustel de Coulange. *La Cité antique. Passim.*

seulement un état de fait basé sur la cohabitation, une union libre, tout au moins pour l'homme, qui s'établissait suivant les usages, les coutumes et la volonté du mari. L'enlèvement d'une femme ou l'achat d'une fille était subordonné aux circonstances et aux moyens de qui y avait recours. On comprend que chacun fut libre, d'agir à sa guise et suivant les événements. Mais des formalités religieuses ne pouvaient être laissées à l'arbitraire de chacun. On ne peut créer des cérémonies sans en établir les règles. Ceux qui voulaient employer cette forme de mariage durent se soumettre à des cérémonies obligatoires.

On établit de même les conséquences légales que le mariage ainsi contracté entraînait pour la femme au point de vue de l'autorité maritale, pour les enfants au point de vue de la filiation et de l'autorité paternelle.

A côté de ce mariage légal les autres moyens d'union continuaient à exister pour ceux auxquels les cérémonies religieuses n'étaient point accessibles ou qui n'y avaient point eu recours. Mais aucune loi n'en réglait alors les effets et si le mari avait sur sa femme une certaine autorité il ne le devait qu'à la force et à sa situation prédominante.

La *confarreatio* qui entraînait nécessairement la *manus* du mari sur la femme a été la forme la plus ancienne du mariage à Rome. Elle était réservée exclusivement aux patriciens. Tous les auteurs sont à peu près unanimes sur ces points (1).

(1) MM. de Fresquet. *De la Manus, Revue Historique*, t. II, p. 151. — F. Accarias, *Précis*, t. I, p. 120. — P. Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*. — Esmein. *La Manus, la Paternité et le Divorce dans l'ancien droit romain, Revue Générale du Droit*, 1883, p. 5. — Mommsen et Marquardt. *Manuel des Antiquités romaines* (Traduction de M. Humbert). — Fustel de Coulange. *Cité Antique*.

Il n'y a aucune réglementation des formes du mariage chez les peuplades vivant dans une égalité édénique. On en trouve les premières traces partout dès la constitution des familles puissantes qui veulent, par une réglementation rigoureuse, assurer leur organisation et perpétuer leur suprématie. Les forces dont elles disposent leur permettent de défendre la possession des épouses et d'autre part le besoin d'assurer la conservation des traditions et la puissance de la famille pousse l'homme à assurer la légitimité des naissances et la condition de la femme.

Le mariage par son institution est aristocratique, écrit Proudhon (*Amour et Mariage*). Il l'est surtout par ses formes et le même auteur a pu, à juste titre, ajouter quelques lignes plus loin en faisant allusion à la *confarreatio*. « Nulle part cet esprit aristocratique ne se montre avec plus de force que dans les cérémonies du mariage romain. »

Les patriciens qui représentaient l'élément éclairé et religieux de la population étaient aussi plus aptes à concevoir une forme de mariage avec des effets spéciaux et déterminés. C'est ainsi qu'ils donnèrent à la *confarreatio* pour conséquence inévitable de faire tomber la femme sous la *manus* de l'époux.

Cette puissance donnée à l'homme sur son épouse répondait exactement aux nécessités de l'organisation de la famille romaine à ces premiers siècles.

Il devait répugner à la fille d'une maison puissante, jouissant dans la demeure de son père d'une certaine considération, de déchoir de son rang de fille de famille pour devenir l'esclave, la chose de celui qui l'avait achetée. D'autre part, si, en devenant épouse, elle restait attachée à sa famille d'origine ou gardait son

indépendance, c'est l'époux qui souffrait de cet état de choses. Il avait dans sa maison un membre en quelque sorte étranger, échappant en tout cas à l'omnipotence du chef de famille. L'organisation patricienne devait proscrire une pareille situation. Indépendante de son mari ou son esclave, l'épouse ne pouvait jouer un rôle actif dans les cultes privés ou publics.

Il fallait donc que la forme de mariage adoptée, sans infliger à la femme une déchéance, la soumit à la puissance absolue de son mari et la détachât complètement de sa famille naturelle, de façon à lui permettre de s'associer au culte de la maison dans laquelle elle entrait et à laquelle désormais elle devait exclusivement appartenir. Ainsi la femme changeait de maître, mais non de condition. Il n'y avait pour atteindre ce résultat qu'à faire passer en mains de l'époux la puissance du père. Ce fut là l'effet de la *manus*.

D'après Denys d'Halicarnasse (II. 25.), le mariage tel que l'avait institué Romulus se célébrait toujours par la *confarreatio*. Il n'est rien dit des autres modes d'établissement de la *manus*, *la coemptio* et *l'usus*. Or, s'il est universellement reconnu que les patriciens eurent seuls le monopole exclusif de la *confarreatio*, on est obligé d'admettre que seuls, au début, ils eurent le monopole exclusif de la *manus*.

Ce que nous savons des origines du peuple romain vient à l'appui de cet argument de texte. En effet, il existait une différence profonde dans les droits civils et politiques des deux ordres, patriciens et plébéiens, qui composaient le peuple romain.

Rome fut fondée par la fusion de trois peuples, Latins, Sabins et Etrusques. Comme elle était insuffisamment peuplée, Romulus en fit un asile où accoururent de

toutes les parties de l'Italie les débiteurs insolvables, les esclaves fugitifs, tous ceux qui fuyaient leur pays par crainte d'un châtiment. Rome leur assurait l'impunité. Mais allait-elle donner à ces étrangers, contre lesquels tant de motifs légitimes de suspicion s'élevaient, des droits de cité identiques à ceux des citoyens primitifs ? Evidemment non. Donner le droit de cité à tous ces gens, la plupart sans aveu, c'était se mettre à leur merci. Les uns devinrent les clients des grandes familles qui avaient fondé Rome ; ils trouvaient auprès d'elles un surcroît de protection. Les autres au caractère plus fier restèrent indépendants. Tous formèrent la « Plebs ». Un droit spécial exista pour eux et l'on peut dire qu'à son berceau Rome était presque formée de deux peuples distincts ; les patriciens seuls remplissaient toutes les fonctions civiles et religieuses, seuls étaient citoyens, et il fallut à la plèbe de longs siècles de lutte pour faire tomber une à une les barrières que cette différence d'origine avait établies entre les patriciens et eux.

On ne peut nier ces différences profondes entre les deux ordres. Plusieurs siècles même après la fondation de Rome, alors que la plèbe pouvait prétendre, par les services rendus, avoir conquis droit de cité, alors qu'une certaine fusion avait pu s'accomplir, nous la voyons tenue dans une sorte de mépris par les patriciens. « *Quantoperé vos, Quirites, contemnerent patres, quam* « *indignos ducerent, qui una secum urbe intra eadem mœnia* « *viveretis sæpe equidem et ante videor animadvertisse,* s'écrie le tribun Canuleius revendiquant le droit de *connubium* entre plébéiens et patriciens (1). Ceux-ci résistent énergiquement à toute fusion de sang entre

(1) *Tite-Live*, IV, 2.

leur caste et la plèbe. Un semblable mariage serait une contamination, un véritable sacrilège, un accouplement sans nom. « *Quam enim aliam vim connubia promiscua habere, nisi ut ferarum prope ritu vulgentur concubitus plebis patrumque*, disent les patriciens. Il est improbable qu'au moment de la fondation de Rome ces sentiments n'aient pas existé à un degré plus prononcé.

Qu'on ne dise pas qu'offrir simplement un asile sans la protection des lois n'eût pas amené dans Rome l'affluence des étrangers. C'était beaucoup déjà que l'asile matériel pour le meurtrier, l'esclave fugitif, l'exilé ou le débiteur insolvable dont la personne eût payé les dettes. C'est ensuite une erreur de dire que ces réfugiés n'avaient point la protection des lois. Pour être protégés, il n'était point nécessaire qu'ils eussent les mêmes droits que le peuple qui les accueillait. Ils étaient régis par des lois spéciales, une sorte de droit des gens. Plus tard, les latins et les péregrins qui se trouvaient à Rome, pour ne pas jouir des mêmes droits que les citoyens, n'en étaient pas moins protégés par des lois.

Comment expliquer, si le même droit eût été applicable dès le début aux plébéiens et aux patriciens les luttes qui ensanglantèrent pendant des siècles le *forum* pour la conquête d'une égalité parfaite. Comment expliquer le refus persistant, par les patriciens du *connubium* avec les plébéiens, si dès l'origine de Rome les mêmes cérémonies matrimoniales s'appliquent aux uns et aux autres et produisent le même effet, la *manus*.

Les patriciens se marieront entr' eux en employant la *confarreatio ;* leur famille sera constituée par la *manus* sur des bases solides. Quant aux nouveaux venus, aux plébéiens, ils s'uniront entr' eux, librement, comme ils l'entendront. La loi n'intervient pas pour régulariser

leur union et leur donner la même force qu'au mariage des patriciens.

Une des causes puissantes qui avaient fait admettre la *manus* comme conséquence inévitable du mariage chez les patriciens n'existait pas pour les plébéiens. Ceux-ci à l'origine n'avaient point de culte privé. Dans les maisons patriciennes au contraire la religion du foyer, le culte des ancêtres, resserrait étroitement les liens unissant les membres de la famille à son chef. Toutes possédaient en effet un autel et sur cet autel un foyer toujours allumé, symbole de l'âme immatérielle des aïeux. Ceux-ci étaient la providence de la famille, ses divinités tutélaires, puissances surhumaines et mystérieuses qui, en échange du culte dont elles étaient l'objet, veillaient sur leurs descendants et les protégeaient. Or, le caractère tout particulier de cette religion domestique, était d'être spéciale à chaque famille. Ce sont les ancêtres qui en sont les dieux ; ils ne protègent que les leurs. On ne pouvait avoir deux religions, invoquer en même temps deux foyers, deux séries d'ancêtres (1). En se mariant, une femme ne pouvait donc servir les lares de son père et honorer en même temps ceux de son mari ; d'un autre côté, elle ne pouvait pas ne point partager le culte de celui auquel l'attachaient les liens intimes du mariage ; c'était du reste à elle qu'incombait le soin et l'entretien du foyer sacré, situé dans l'*Atrium*, non loin du « *lectus genialis.* »

Le jour des noces, le mari, en la recevant comme épouse, lui communiquait l'eau et le feu, symboles d'une double communauté d'existence et de culte. Mais si le mari l'admettait à participer aux cérémonies de sa reli-

(1) Voir Fustel de Coulanges, Cité antique.

gion domestique, c'est qu'elle n'était pas entrée dans sa famille comme une esclave ou une étrangère, uniquement appelée à lui donner des enfants. C'est que, tout en conservant la liberté et la dignité nécessaires pour accomplir les *sacra*, elle était soumise à son autorité, englobée dans le cercle étroit de sa puissance.

Un autre argument en faveur de notre opinion nous paraît ressortir de la nature spéciale du mariage par *confarreatio*. La *confarréation* constitue la conclusion du mariage et a pour effet immédiat et spécifique de créer la *manus*. C'est un moyen simple et primitif. La *coemptio* et l'*usus* ont au contraire un caractère artificiel, accessoire et supposent l'existence d'un mariage sans *manus*.

Ils apparaissent comme des moyens, qu'à une époque de civilisation plus avancée, on a puisés par analogie dans les institutions primitives pour permettre au plébéien d'obtenir la *manus*, que le mariage par lui-même ne lui conferait pas.

Si, comme le soutient une opinion, à l'origine de Rome, tout mariage devait entraîner la *manus*, on ne s'expliquerait pas la création de la *coemptio* et de l'*usus* pour la constituer. En effet, ces deux procédés supposent le mariage d'abord, et ensuite, pour faire naître la *manus*, un acte qui peut être accompli bien postérieurement ou une prescription assez longue, de telle façon que, si le mari mourait dans l'intervalle, la *manus* n'aurait jamais pu prendre naissance.

On comprend au contraire fort bien que le mariage avec *confarreatio* propre au patriciat ait seul, au début, donné naissance à la *manus*. Plus tard, les plébéiens obtinrent, à mesure que leur condition s'éleva, la reconnaissance en droit de leurs mariages comme *justa matrimonia*. Puis, dans leur désir d'égalité parfaite avec

les patriciens, ils voulurent avoir sur leurs épouses une puissance identique et constituer leurs familles sur les mêmes bases que les maisons patriciennes. Par un procédé qui leur était familier, les patriciens romains se gardent de concéder aux plébéiens la *confarreatio*, fondée surtout sur leur droit religieux. Ils leur donneront la *manus*, mais ils créeront un autre procédé pour la constituer. De même, lorsqu'il fallut admettre la plèbe aux premières magistratures, on substitua aux consuls les tribuns militaires.

Nous sommes donc portés à croire que lorsque le mariage avec *manus* fut étendu aux plébéiens, on institua, en même temps, un acte spécial, en vertu duquel la femme dut immédiatement tomber *in manum*, et que cet acte fut la *coemptio*, complétée ensuite par l'*usus*.

La *Confarreatio*, à cause de sa publicité et des cérémonies religieuses dont elle était entourée, resta toujours le mariage par excellence et les effets qu'elle produisait étaient plus complets et plus étendus que ceux résultant des deux autres modes purement civils, sans aucun caractère public ni religieux. Ce n'était pas, en effet, un acte privé, mais une solennité officielle, accomplie en lieu saint et dont le patriciat tout entier était témoin. Les enfants nés de cette union, *patrimi* et *matrimi*, étaient seuls aptes à gérer les *sacra privata et publica*. Il fallait que cette capacité fût constatée publiquement par devant toute la communauté intéressée par la célébration du mariage (1).

Ce mode de mariage seul conférait à la femme la

(1) Mommsen et Joachim Marquardt. *Manuel des antiquités Romaines*. Culte I, 273. II, 12-24.

gentilice de l'époux ; passant dans *la gens* de son mari, elle en prenait le nom au même titre qu'un enfant adoptif (1).

Or, pour les autres unions avec *manus*, pareil changement n'est ni prouvé, ni même probable.

Nous verrons aussi, au cours de ce travail, que la femme, à l'origine, n'avait ni le droit ni le pouvoir d'échapper à la *manus* résultant de la *confarreatio*, et que le mariage ainsi établi était, en quelque sorte, indissoluble, tandis qu'il dépendait de sa volonté de faire cesser la *manus* résultant du mariage établi par les autres modes.

Il n'est donc pas douteux que la *coemptio* et l'*usus* n'aient été des institutions relativement récentes, par rapport à la *confarreatio*.

Quant à la *coemptio*, cette opinion est corroborée par l'emploi de la *mancipatio*, ainsi transportée du domaine des choses au statut personnel. D'autre part, la femme peut, par la *remancipatio*, échapper à la *manus*, qui repose sur la *coemptio*. Le droit du mari est moins rigoureux que lorsqu'il a sa source dans la *confarreatio*. Il semble que le mouvement, qui tend à libérer la femme de l'omnipotence absolue du mari, a déjà commencé à se dessiner.

Il est encore plus manifeste en ce qui concerne l'*usus*. Ici un texte législatif, la loi des XII tables intervient, pour permettre à la femme de se soustraire à la *manus* au moyen d'une *usurpatio*. Le *jus trinoctii* est légalement reconnu.

On suppose, non sans raison, que l'*usus*, primitivement, a eu pour but de prévenir la tentative de sous-

(1) Grupen. *De uxore Romana*, p. 100.

traire la femme à la *manus* par l'omission de la *coemptio*. Mais, en reconnaissant à l'épouse le droit de faire cesser la *manus* qui repose sur la *mancipation*, on devait lui offrir le moyen d'échapper aux effets de l'*usus*.

Enfin, quand le mariage sans *manus* devint le droit commun, l'*usus*, naturellement, ne put plus subsister, tandis que rien ne s'opposait au maintien de la *coemptio* qui avait pour base non une présomption, mais bien un contrat librement consenti. De ce que l'*usus* a disparu le premier, il n'y a point à induire qu'il ait été plus ancien que la *coemptio* ainsi que l'indiquent Böcking (Pand. I, p. 179) et Mommsen, à en juger par un passage des *Forschungen* (I, p. 12).

On ne saurait tirer aucun argument, au sujet de la détermination chronologique des modes de constitution de la *manus*, des textes des jurisconsultes. Ces trois formes sont énumérées par eux dans l'ordre ci-après : *usus*, *confarreatio*, *coemptio*, uniquement parce qu'à l'époque où ils écrivent l'*usus* a disparu, la *confarreatio* est à peu près tombée en désuétude et la *coemptio* seule, quoique détournée de son but primitif, est encore employée.

Il faut reconnaître que le système que nous venons d'exposer ne rallie pas tous les suffrages. D'autres opinions ont été émises.

D'après quelques auteurs, la *manus*, primitivement, n'aurait existé que pour les plébéiens. Ils en rapportent l'origine à l'enlèvement des Sabines. Les patriciens, riches et puissants, auraient toujours été pourvus de femmes ; les plébéiens seuls en manquaient et dans l'impossibilité d'en acquérir par d'autres moyens, ils auraient songé à recourir à la force. Les Sabines enlevées, conquises par la violence, auraient été consi-

dérées comme esclaves. De là serait né la *manus*, que les patriciens auraient ensuite empruntée à la plèbe (1).

L'examen de ce système ne nous arrêtera pas longtemps. Il est contraire, non seulement aux données de l'histoire et à ce que nous savons du mariage primitif, mais encore aux détails que l'on possède sur l'enlèvement des Sabines. Le récit qu'en fait Tite-Live est absolument opposé à toute idée de distinction entre les patriciens et les plébéiens : *quasdam formâ excellente primoribus patrum destinatas, ex plebe homines, quibus datum erat negotium, domibus referebant* (2).

Il est inadmissible, du reste, que les patriciens aient songé à cette époque à imiter les plébéiens.

Selon d'autres auteurs, le peuple romain à ses débuts n'aurait connu que les formes du mariage avec *manus*, dont la *confarreatio* serait restée propre aux patriciens. Le mariage libre n'est survenu que plus tard, d'après eux, et les deux ordres de la cité, le patriciat et la plèbe, n'ont pratiqué longtemps que le premier.

Cette opinion a été soutenue notamment par MM. de Fresquet et Rossbach. Ces auteurs écartent le témoignage de Denys d'Halicarnasse, qui aurait commis une erreur en indiquant le mariage comme toujours contracté à l'aide de la *confarréation*. Ils ne tiennent non plus aucun compte de la situation différente des deux castes qui composaient le peuple romain. Ils admettent que chez les Romains, comme chez les peuples indo-européens en général, la forme primitive de l'union conjugale aurait été l'achat effectif de la femme par le mari, que, par suite, la *coemptio* aurait été

(1) V. Guérard. *Histoire du droit des Romains*, p. 137.

(2) *Tite-Live*, I. Chap. IX.

le premier acte de l'union conjugale. Mais, d'une part, la *confarreation*, forme certainement la plus ancienne, ne repose point sur un achat comme Rossbach en convient lui-même (p. 145) ; de l'autre, cette hypothèse reste impuissante à expliquer la condition de la *mater familias*. Car, ce qui distingue essentiellement la famille romaine, c'est la considération dont l'épouse y jouit et les droits qui lui sont assurés. Elle ne peut davantage expliquer l'emploi de plusieurs modes différents, la *confarreatio* par les patriciens seuls, la *coemptio* et l'*usus* par le peuple entier. Ce système ne tient non plus aucun compte du caractère artificiel et dérivé de la *coemptio* qui suppose d'abord un mariage sans *manus*.

Notre opinion du reste se concilie parfaitement avec ce fait que, chez les peuples d'origine orientale, l'union de l'homme et de la femme a pu primitivement avoir lieu par achat. Seulement, cet achat est resté longtemps sans forme, sans règle pour en légitimer les effets, sans constituer un mariage au sens exact du mot. La *coemptio* n'est intervenue comme moyen légal, pour permettre aux plébéiens d'acquérir la *manus*, que bien postérieurement à la création de la *confarreatio* par les patriciens.

Un autre motif que l'on invoque pour faire admettre, dès l'origine, l'emploi simultané par les deux ordres de la *manus*, c'est qu'on ne voit pas quand et comment les plébéiens auraient acquis la *manus* sur leurs femmes. Il faut reconnaître que si Tite-Live et les autres historiens nous entretiennent des conquêtes politiques faites par l'ordre le moins favorisé, nulle part ils ne mentionnent qu'il ait eu à acquérir la puissance paternelle et la *manus*, dont elle ne devait pas être séparée. Il faut songer que ces auteurs écrivent à une

époque très éloignée de ces origines primitives. Le silence qu'ils gardent sur cette question laisse le débat entier. On peut tout aussi bien penser qu'ils n'auraient pas manqué de signaler, comme constituant une exception, une égalité parfaite entre les deux ordres relativement à la *manus*. Il vaut mieux dire qu'ils n'ont point été appelés à s'occuper de cette question. C'est ainsi, du reste, qu'ils ne signalent pas davantage ce fait universellement admis, que les patriciens se mariaient par la *confarreatio* à l'exclusion des plébéiens, auxquels la *coemptio* et l'*usus* étaient réservés. Ils ne parlent pas non plus comme d'une innovation du mariage libre qui cependant, d'après l'opinion que nous combattons, se serait fait reconnaître postérieurement à la *manus* et eût été une première atteinte portée à la puissance maritale.

L'organisation du peuple romain aurait eu son origine dans l'état patriarcal par lequel seraient passés les premiers habitants de l'Italie. Dans cette période, la famille est fortement constituée. Le chef est un souverain omnipotent et devant son autorité s'inclinent respectueusement tous les membres qui la composent. La fille sort par le mariage de la famille de son père pour entrer dans celle de son époux, dont l'autorité remplace celle du père. Or, c'est là l'effet caractéristique de la *manus*.

Cette institution aurait donc universellement existé depuis les temps les plus reculés, dès l'époque où les peuples, abandonnant la vie nomade, se sont fixés à perpétuelle demeure sur des terres distribuées entre les familles patriarcalement organisées. Le mariage libre, qui ne serait survenu que postérieurement, eût été un progrès.

On fait remarquer que la condition de la femme romaine n'a cessé, depuis le moment où commencent les données certaines de l'histoire, de s'améliorer et de marcher progressivement vers l'indépendance. Pourquoi, ajoute-t-on, ce progrès n'aurait-il pas pris naissance au jour même de la fondation de Rome.

Ce sont là des hypothèses plutôt que des arguments. En admettant que le peuple romain ait passé par l'état patriarcal (1), l'esclavage de la femme suffit à expliquer l'autorité que le mari, ou le chef de la famille du mari, a sur elle. Le père vend sa fille à l'époux ; elle devient la propriété, la chose de celui qui l'achète et qui acquiert ainsi sur sa femme le pouvoir le plus absolu, la puissance dominicale, au même titre que sur ses esclaves (2). La notion de la puissance maritale ne paraît pas encore s'être fait jour. Ce n'est que dans la *confarreatio,* que nous savons propre aux patriciens et la forme la plus ancienne du mariage romain, que se dégage l'idée d'une autorité résultant pour le mari, non plus d'un acte matériel s'appliquant aux choses et aux esclaves, tel que l'occupation, la capture et l'achat, mais de la consécration des volontés par les divinités et de cérémonies religieuses et publiques.

Les partisans du système que nous combattons s'appuient sur un dernier argument que nous ne pouvons pas plus admettre que les précédents. A l'époque des

(1) D'après Théopompe (op. cit.) c'est le communisme le plus complet qui a régné chez les premiers peuples de l'Italie.

(2) Les droits de famille, dit M. Bernoft, ce sont simplement les droits du père de famille. Ils se rapprochent des droits réels en ce qu'ils ont une valeur pécuniaire à une époque où la main-d'œuvre manque. Par suite, les institutions qui se rapportent au patrimoine leur sont appliquées sans difficulté.

XII tables, disent-ils, la *manus* était considérée comme une suite naturelle du mariage. Ce qui le prouve, c'est la nécessité de l'*usurpatio trinoctii* pour y échapper. Or, si au bout de trois siècles, la *manus* était encore le droit commun dans le mariage, ne devait-elle pas être, à l'origine, un fait nécessaire et universel ? La réponse est facile. Si la *manus*, à l'origine, eût été la conséquence inévitable de tout mariage, on ne s'expliquerait pas l'emploi de l'*usus* qui ne paraît que comme un expédient pour soumettre à la *manus* les épouses qui n'ont fait ni *confarreatio*, ni *coemptio*. En effet, l'*usus* est un moyen incomplet ; il ne se produit qu'au bout d'un an, de telle sorte que pendant une année le mariage existe sans *manus* et ne donne au mari aucun pouvoir sur sa femme.

Nos adversaires reconnaissent du reste que l'*usus* était inapplicable à la femme en tutelle. Il y avait, par suite, tout une importante catégorie de personnes qui, sans user de l'*usurpatio trinoctii*, échappaient à la *manus* par cela seul qu'elles n'avaient employé ni la *confarreatio*, ni la *coemptio*.

L'*usus* suppose donc la préexistence d'un mariage sans *manus*. Il a pour effet de transformer par une prescription, non interrompue pendant un an, cette union en mariage avec *manus*, mais, là où la prescription ne peut se produire, le mariage libre continue à subsister.

L'existence de cette quatrième forme de mariage que les auteurs ont dénommé mariage libre (1) s'explique naturellement dans notre système. C'est le mariage

(1) Il ne faudrait pas confondre le mariage libre, c'est-à-dire sans *manus*, avec le *concubinatus*. Ce dernier mode d'union, dont à l'époque d'Auguste seulement, les lois se sont occupées, doit demeurer en

primitif, non transformé par la *manus*, qui s'est perpétué à côté du mariage avec *manus*.

Selon nous, d'une période de confusion, est sorti tout d'abord le mariage par *confarreatio*, seul propre aux patriciens. Les plébéiens continuèrent à vivre à l'état d'union libre. Mais le désir d'égaler l'aristocratie et la volonté de posséder sur leurs femmes l'autorité que les patriciens avaient sur leurs épouses, portèrent les plébéiens à s'assimiler les modes d'union du patriciat. Alors apparaissent ces deux nouveaux moyens d'établir la *manus*, la *coemptio* et l'*usus*, qui devaient permettre aux plébéiens d'édifier leurs familles sur le

dehors du cadre de notre étude qui ne porte que sur une des formes des *justæ nuptiæ*. Or, ce concubinat ou mieux le concubinage ainsi que l'appelle M. Gide (Condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine) est en dehors des *justæ nuptiæ*. Ce n'est point un mariage, c'est un acte, ni criminel, ni légitime, un fait qui n'existe pas aux yeux de la loi, mais dans lequel cependant les mœurs romaines ne voyaient rien de honteux. Il est resté pendant longtemps avec ce caractère, un simple fait en dehors de toute réglementation. A l'époque de Ciceron (de Orat. 1. 40), la concubine est une maîtresse vivant maritalement avec son amant ; et lorsque des textes de lois (Dig. XXV. T. VII) viennent plus tard s'occuper de ce fait de cohabitation, on peut dire qu'ils ont plutôt pour objet de régler les cas dans lesquels ces sortes de relations sexuelles ne seront pas punissables, que de leur donner une existence légale en les élevant au rang du mariage (Ulpien. L. I, Dig. XXV. T. VII : *Cum Atilicino sentio, et puto, solas eas in concubinatu habere posse sine metu criminis, in quas stuprum non committitur*. La concubine est une femme de situation inférieure, *in classe secunda* (Horace, Sat. I. II, V. 94) que sa naissance ou son passé irrégulier ne permettait pas d'avoir pour épouse. Ce n'est que vers la fin de la première période classique, alors que la *manus* est à peu près disparue et que les mœurs primitives se sont complètement modifiées, qu'on a pu voir dans le concubinat un mariage inférieur se distinguant des justes noces par la seule intention des parties et par une affection moins respectueuse pour la femme.

modèle des familles patriciennes. Mais si ces moyens sont accessibles à tous, ils ne sont point obligatoires et, pour ceux qui ne les emploient pas, le mariage libre, sans *manus*, continue d'exister.

L'antiquité de ce mariage est démontrée par la loi des XII Tables. Les décemvirs n'innovèrent pas. On est d'accord pour reconnaître qu'ils se contentèrent d'ériger en textes précis les lois et coutumes existantes. Au sujet de l'*usus*, ils ne font que régler une question de délai sur laquelle on n'était pas d'accord. Ce n'est donc pas eux qui établirent le mariage libre ; ils se bornèrent à en assurer l'existence en faisant respecter la volonté de ceux, qui vivant en cet état, désiraient éviter que la *manus* acquise par prescription ne vint transformer les condition de leur union.

Lorsque le mariage libre fut légalement consacré et produisit la paternité et la filiation légitime, il se développa parallèlement aux justes noces avec *manus* qu'il devait finir par remplacer. Deux courants d'idées devaient puissamment contribuer à sa généralisation. La volonté chez le père de conserver la puissance paternelle et d'empêcher les biens de sortir de la famille agnatique. Le désir chez la femme de conserver les biens qu'elle avait reçus à l'occasion de son mariage et de sauvegarder de plus en plus son indépendance vis-à-vis de son mari. Par ce mode d'union, le père était assuré de conserver intact le patrimoine et la situation politique de la famille, et d'éviter aux siens, dans un avenir plus ou moins éloigné, une déchéance de classe que la dispersion des biens dans des mains étrangères aurait pu amener.

Ainsi se trouvent constitués les quatre modes de mariage à Rome.

La *manus* était un progrès nécessaire pour améliorer la situation de la femme. Mais quand cette institution eut accompli son œuvre, quand l'habitude fut prise par l'homme de donner à sa compagne la part de considération, le rang et la situation auxquels elle a légitimement droit, la *manus* devait fatalement disparaître comme une entrave à la libre progression de la femme vers l'égalité absolue.

Les institutions juridiques, en effet, tout immuables qu'elles paraissent, établies sur le double fondement de la coutume et de la religion, s'usent en même temps que l'organisme social dont elles font partie. Après plus ou moins de résistance, elles s'effacent devant les exigences du progrès des mœurs et de la civilisation, qui, malgré tous les obstacles, tend vers un idéal de liberté et d'égalité entre tous les humains.

Dans les trois relations juridiques du *pater familias* avec les membres qui composent la famille, l'autorité recule devant la liberté individuelle. Enfants, épouse et esclaves voient leur situation s'améliorer peu à peu, jusqu'à ce que leur personnalité soit complètement reconnue et protégée. L'omnipotence du maître disparaît devant une réciprocité de devoirs établis par la société qui de plus en plus se préoccupe de sauvegarder la liberté et la dignité de chacun de ses membres.

Mais, avant d'exposer comment la *manus* a pu disparaître des mœurs et de la législation romaine, il importe de l'examiner avec les effets que son complet développement lui a donnés.

CHAPITRE PREMIER

MODES ET CONDITIONS D'ACQUISITION DE LA « MANUS »

L'emploi de l'un des modes susceptibles de produire la *manus* est la première des conditions exigées des époux qui voulaient attacher à leur mariage les effets de cette puissance spéciale. Nous devons donc, tout d'abord, étudier les divers modes employés pour créer la *manus*.

SECTION I

Modes d'acquisition de la « Manus ».

Nous savons qu'à partir des XII tables, tout au moins, jusqu'à sa disparition, la *manus* s'établissait par l'un des trois modes que Gaius (I. 110.) énumère dans l'ordre suivant : *usus*, *confarreatio*, *coemptio*. Nous l'avons déjà indiqué, cette énumération ne constitue point l'ordre chronologique de l'apparition de ces

trois procédés. Gaius a été déterminé dans cette énumération sans doute par ce fait que l'*usus* à son époque avait complètement disparu, que la *confarreatio* n'était plus que d'un usage fort restreint et que la *œmptio* seule continuait à appartenir encore à la pratique.

Examinant donc les modes de constitution de la *manus* d'après l'ordre de leur apparition, nous nous occuperons d'abord de la *confarreatio*, puis de la *coemptio* et enfin de l'*usus*.

§ 1. — CONFARREATIO.

La *confarreatio* était une cérémonie religieuse. Les textes qui nous en parlent sont unanimes sur ce point. Pline en fait particulièrement ressortir le caractère religieux lorsqu'il écrit dans son Histoire naturelle (liv. XVIII, chap. 3) « *In sacris nihil religiosus confarreationis vinculo erat.* » Gaius et Ulpien nous fournissent quelques renseignements sur les cérémonies qui constituaient ce caractère religieux de la *confarreatio : Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii... in quo farreus panis adhibetur : unde etiam confarreatio dicitur ; sed complura præterea hujus juris ordinandi gratia cum certis et solemnibus verbis, præsentibus decem testibus, aguntur et fiunt. Quod jus etiam nostris temporibus in usu est : nam flamines majores, id est, Diales, Martiales, Quirinales, sicut reges sacrorum, nisi sint confarreatis nuptiis nati, inaugurari non videmus...* (Gaius, Inst., chap. 1, § 112). *Farreo convenitur in manum certis verbis et testibus decem præsentibus et solemni sacrificio facto, in quo panis quoque farreus adhibetur.* (Ulpien fragm., t. IX).

La cérémonie consistait donc en un sacrifice solennel offert à Jupiter Farreus (1). Le prêtre qui y présidait devait être, dit Servius (In. Georg., liv. I, vers 31), le grand Pontife ou le Flamine de Jupiter. Elle se faisait en présence de dix témoins. Des libations étaient offertes, du sel brûlé en guise d'encens, une victime était immolée; sa peau, fraîchement dépouillée, recouvrait deux escabeaux de bois sur lesquels s'asseyaient les futurs époux, la tête couverte d'un voile. Le prêtre leur présentait un pain de froment, *farreus panis* ou *farreum*, qui donnait son nom à la cérémonie (2). Les fiancés partageaient le gâteau, le mangeaient et prononçaient des paroles solennelles. Cette sorte de communion symbolisait l'association de la femme au culte et à la vie entière du mari.

Là se bornent nos renseignements. Les jurisconsultes et les auteurs dans lesquels nous trouvons trace de cette cérémonie paraissent ne point en avoir connu les détails. Et cependant Tacite (*Annales* IV, 16) nous indique que les formes de la *confarreatio* étaient assez compliquées pour que les difficultés qu'elles présentaient l'aient fait abandonner par beaucoup de personnes : *Accedere ipsius cærimoniæ difficultates quæ consulto vitarentur.* »

L'intervention des prêtres publics, des pontifes et du flamine dans la *confarreatio* permet de croire que cette cérémonie ne se célébrait pas uniquement dans la maison du futur ou de la future. C'était une solennité officielle accomplie publiquement en lieu saint. De même que les adrogations et les testaments de l'ancien

(1) M. Dubois. *Comm. de Gaius*, p. 67, note 306.

(2) Servius. *Ad. Æneid.* Liv. IV, vers 103.

temps se faisaient en comices curiaux, il semble, vu le nombre des témoins requis, que la *confarreatio* ait dû se célébrer dans la curie en présence des dix gentes. Les dix témoins représenteraient les dix gentes de la curie.

Les enfants nés de semblables unions, *patrimi* et *matrimi* étaient, en effet, les seuls habiles à gérer les *sacra publica* et *privata* ; il fallait donc bien que cette capacité fût constatée par toute la communauté.

A l'époque de Gaius, les enfants nés de parents *confarreati* jouissaient encore de privilèges considérables : seuls ils pouvaient aspirer aux (1) hautes fonctions sacerdotales. Festus (V° *Patrimi)* nous certifie qu'il n'y avait que ces enfants qui puissent figurer dans certaines cérémonies religieuses, servir les prêtres ou prêtresses de Jupiter, assister une fiancée dans l'accomplissement des rites nuptiaux. Sous Vespasien, lors de la reconstruction du Capitole, les aspersions d'eau lustrale sur le terrain consacré au temple furent faites par des vestales et des enfants *patrimi* et *matrimi*.

Dans l'antiquité, les prérogatives attachées aux *nuptiæ farreatæ* étaient encore plus considérables. Il est probable que ce mode de mariage était exigé non pas seulement pour l'exercice des *sacerdotia publica*, mais encore pour la desservance de certains *sacella* ou lieux de culte, service héréditaire à certaines familles et même pour l'accomplissement des *sacra privata*.

La cérémonie célébrée devant l'autel privé, au foyer familial du mari, impliquait que le mari possédât des *sacra privata*.

(1) Gaius, Inst. I, 112. *Quod jus etiam nostris temporibus in usu est : nam flamines majores, id est, Diales, Martiales, Quirinales, sicut reges sacrorum, nisi sint confarreatis nuptiis nati, inaugurari non videmus.*

C'est ce caractère religieux de la *confarreatio* qui l'a fait demeurer de tout temps propre aux patriciens. On s'explique, ainsi, parfaitement, le secret et le mystère dont cette cérémonie paraît avoir toujours été entourée. Dans les commencements de Rome, les plébéiens n'avaient point de culte privé ; ils ne pouvaient, par suite, remplir les conditions exigées par la *confarreatio*. Lorsque, sous l'influence du contact avec les patriciens, par l'effet des liens que faisaient naître la clientèle ou l'affranchissement, le culte des lares et des pénates devint enfin commun à toutes les familles plébéiennes et patriciennes, les formalités compliquées et mystérieuses de la *confarreatio* accomplies avec le concours des premiers prêtres de la cité, nécessitant sans doute des dépenses considérables, en firent une solennité réservée aux puissants et aux riches.

On trouve dans la *confarreatio* la trace de cette double préoccupation du patriciat, d'éviter tout mélange en se recrutant lui-même et de donner à sa supériorité sur la plèbe une base inébranlable. Les prêtres apportaient au mariage par *confarreatio*, comme à l'adrogation, un concours effectif. Sans leur consécration, la cérémonie ne pouvait se consommer. Or, les grands-prêtres et les Flamines se recrutaient dans le patriciat. En refusant leur concours, ils prononçaient l'exclusion d'une nouvelle famille de cette caste privilégiée à laquelle les fonctions religieuses étaient réservées. D'autre part, en s'abritant sous le couvert de la *confarreatio*, monopole en apparence inoffensif, ils s'assuraient, en quelque sorte, la propriété de la religion et pouvaient défendre plus aisément, contre les exigences d'égalité de la plèbe, la possession exclusive des importantes fonctions sacerdotales.

En fait, longtemps après que les plébéiens ont pu accéder aux plus hautes charges publiques, les patriciens remplissaient, seuls encore, les premières fonctions religieuses. En l'an de Rome 387, le plébéien Sextius était nommé Consul. Ce ne fut qu'en l'an 500 qu'un plébéien, Tibérius Coruncanius, fut nommé Pontife. Mais les fonctions de Flamine Majeur, c'est-à-dire de Grand-Prêtre de Jupiter, de Mars, de Quirinus, furent, jusqu'à la disparition de cette forme de la *manus*, réservées exclusivement aux patriciens issus d'un mariage célébré par *confarreatio*.

Le caractère distinctif de la *confarreatio* réside, non pas dans le sacrifice qui l'accompagne, car il n'est guère de mariage où n'interviennent des sacrifices et rites religieux, mais dans le concours des ministres du culte officiel et surtout dans la simultanéité de l'union et de la *manus*.

Avec l'*usus*, le mariage résulte du consentement seul, puisque la *manus* ne s'établit qu'au bout d'un an. Dans la *coemptio*, la *manus* peut coïncider avec l'union conjugale, mais l'un et l'autre n'en procèdent pas moins de deux actes différents : la *mancipation* ne sert qu'à constituer la *manus* et non à conclure le mariage : la fille mancipée peut tomber sous la *manus* d'un citoyen sans pour cela devenir son épouse légale, *uxor*.

Quand les prérogatives religieuses attachées à la *confarreatio* diminuèrent, les patriciens eurent de moins en moins recours à cette forme de mariage. En 776, sous Tibère, on eut, au dire de Tacite (1), beaucoup de peine à trouver trois patriciens *issus ex justis nuptiis farreatis* parmi lesquels on put choisir un Flamine de

(1) *Ann.* Liv. IV, 16.

Jupiter. Devant le Sénat, Tibère expliqua cette pénurie de candidats par plusieurs motifs, dont le principal était l'indifférence générale en matière de religion à laquelle venaient se joindre le désir d'éviter les complications de la cérémonie et l'inconvénient de voir échapper à l'autorité paternelle les enfants qui devenaient Flamines où les filles qui épousaient un de ces pontifes. Cependant, le mariage avec *confarreatio* était absolument exigé du Flamine de Jupiter, à tel point qu'il ne pouvait divorcer et que s'il devenait veuf, il perdait ses fonctions (1).

A cette occasion, Tibère obtint un senatus-consulte qui décida que la femme du Flamine de Jupiter ne tomberait par la *confarreatio* sous la puissance du mari, qu'en ce qui concernait le culte. A tous autres égards, elle conservait la même situation qu'avant son mariage.

Peu après, la *confarreatio* disparut comme disparaissent toutes les institutions religieuses dont le peuple a perdu la notion d'origine et la conscience du but poursuivi et qui, par suite, ne cadrent plus avec les mœurs de l'époque.

Une autre loi ou senatus-consulte, étendit à tout mariage contracté avec *confarreatio*, la décision rendue d'abord en faveur du Flamine de Jupiter (2), de sorte qu'à l'époque de Gaius, cette solennité avait cessé de constituer un mode d'acquisition de la *manus* (3).

(1) Aulu-Gelle, X, 15.

(2) Pellat : *Manuale*, p. 78, § 136. Accarias : *Précis I*, n° 120.

(3) Gaius, I, § 136. *Mulier quæ in manum convenit, nisi coemptionem fecerit, potestate parentis non liberatur, velut flaminica dialis ; nam id senatusconsulto confirmatur, quo ex auctoritate Maximi et Tuberonis cavetur ut hæc quod ad sacra tantum videatur in manu esse, quod vero ad cetera perinde habeatur atque si in manum non convenisset.*

§ 2. — COEMPTIO.

La *coemptio*, dit Gaius (I, 113), avait lieu par une mancipation, c'est-à-dire par une vente fictive intervenue en présence de cinq témoins, citoyens romains et pubères, non compris le *libripens*, entre la femme assistée de celui qui l'avait en sa puissance et celui qui devait acquérir la *manus*. *Coemptione in manum conveniunt per mancipationem, id est, per quamdam imaginariam venditionem, adhibitis non minus quam quinque testibus civibus romanis puberibus, item libripende præter mulierem, eumque cujus in manum convenit.*

Quoique Gaius ne mentionne pas la présence aux formalités de la *coemptio* de celui qui avait la femme en sa puissance, il est incontestable qu'il devait cependant y figurer. Lorsque la femme, par exemple, était *filia familias*, comme la *coemptio* devait transférer la puissance paternelle au mari, il fallait, de même que pour l'adoption ou la mancipation, le consentement au moins tacite du père. Il devait se trouver là pour recevoir le prix fictif de la vente. Mais, comme d'autre part, le mariage ne pouvait se faire sans le consentement mutuel des époux, la fille devait accéder à la *coemption* et prononcer certaines paroles solennelles.

Les formes de la mancipation qui s'appliquent à la *coemptio* nous sont décrites par Gaius, Inst. Liv. I. 119 : *Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quædam venditio ; quod et ipsum jus proprium civium Romanorum est. Eaque res ita agitur : adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus, et præterea*

alio ejusdem conditionis, qui libram æneam teneat, qui appelatur libripens, is qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit : Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus est hoc ære æneaque libra ; deinde-ære percutit libram, idque æs dat ei a quo mancipio accepit, quasi pretii loco. »

Ce rite a été très judicieusement interprété par Böcking (Pand, I. p. 177. 19.): « Le *Manu capere* « dans le sens tout à fait propre du mot, c'est la prise « *ex hostibus*, et il est naturel que, suivant le concept « juridique d'une nation guerrière, ce soit là le mode « le plus parfait d'acquisition de la propriété. (Gaius « IV. 16): *maxime sua essecredebant, quæ ex hostibus cepissent ;*) que si une personne à ce autorisée doit *manu capere* l'objet, non plus *ex hostibus,* mais *ex cive* et en « acquérir ainsi la propriété, ce ne peut être que par « une opération de droit privé où celui qui abandonne « la propriété soit également considéré comme propriétaire, mais censé déterminé par une compensation « pécuniaire à consentir à ce que l'autre partie s'empare « de la chose : et le fait doit avoir pour témoin tout « le peuple, car tout le peuple assiste aussi *(in exercitu)* « au *manu capere ex hostibus*. Mais le peuple tout entier « (*les quinque classes, l'exercitus)* ne peut plus s'assembler « pour assister à un acte de droit privé : c'est pourquoi « le *mancipio dare* et *accipere* se fait devant cinq témoins « et un *libripens*. Les témoins représentent le peuple. « Quant au *libripens,* sa présence est rendue nécessaire « par le fait que la prise ne se fait point *ex hoste,* le « *manu capiens* et le *mancipans* étant tous deux des *cives* « égaux en droits : un intermédiaire impartial tient « la balance indispensable à tout achat pour estimer « l'argent au poids. »

Il existe entre la *coemptio* et la *mancipatio*, soit au point de vue de la forme, soit au point de vue des effets, une différence qu'il importe de signaler. La femme qui faisait *coemptio* ne tombait pas en condition servile. Le mari n'acquérait sur elle ni un droit de propriété, le *dominium*, ni le droit spécial du *mancipator*, le *mancipium*, mais une puissance spéciale la *manus*.

Les résultats étant différents, les paroles à prononcer dans la *coemptio* devaient différer de celles prononcées pour la mancipation : *Si tamen quærat aliquis quid inter coemptionem feminæ et mancipationem intersit, ea quidem, quæ coemptionem facit, non deducitur in servilem conditionem ; a parentibus vero et a coemptionatoribus mancipati mancipatæve seworum loco constituuntur : adeo quidem ut ab eo cujus in mancipio sunt, neque hereditatem neque legata aliter capere possint, quam si simul eodem testamento liberi esse jubeantur, sicuti juris est in persona servorum. Sed differentiæ ratio manifesta est, cum a parentibus et a coemptionatoribus iisdem verbis mancipio accipiuntur, quibus servi ; quod non similiter fit in coemptione.* Gaius, Inst. C. 1. § 123.

Aucun texte ne nous a révélé qu'elles étaient les paroles prononcées dans la *coemptio*. Huschke (Studien, p. 290) a essayé d'en reconstituer les formes. Il se base sur l'emploi qui était fait dans les cérémonies du mariage de la formule « *ubi tu Gaius, ego Gaia,* » et sur un texte de Boëce écrit au V^e^ siècle de notre ère qui ne nous paraît mériter aucune créance. En effet pour Boëce la *coemptio* consisterait en une double vente. Or c'est là nous le démontrerons, une erreur qui enlève à ce texte toute portée.

D'après Huschke, le mari interpellait sa future épouse en ces termes : *visne tu mihi ex jure quiritium mater*

familias esse, ut ubi ego Gaius, tu Gaia sies? La femme répondait : *volo*, puis s'adressait au mari en ces termes : *visne tu mihi ita ex jure quiritium pater familias esse, ubi ego Gaia, tu Gaius sies?* Celui-ci repondait : *volo.* — Ces paroles échangées le mari, frappant la balance du lingot de métal, prononçait la formule : *te ego ex jure quiritium matremfamilias meam esse aio, estoque mihi empta hoc ære libraque ænea.* » Le père où les tuteurs présents ne contredisant pas cette prétention l'épouse tombait *in manum mariti.*

Ce sont là de pures hypothèses. Ce qui parait certain cependant c'est que la *coemptio* comportait la constatation formelle du consentement de la future. C'est l'expression de son consentement qui modifie l'effet ordinaire de la mancipation, de telle sorte que l'épouse ne tombe point en esclavage, *non deduceitur in servilem conditionem*, mais revêt une condition nouvelle librement fondée sur le mutuel consentement.

Il y aurait donc deux actes dans la *coemptio.* Cette constatation légale du consentement mutuel puis la mancipation par laquelle le mari achète son épouse au père. La condition de la femme ne reposait point essentiellement sur la mancipation mais sur l'expression du consentement. Les auteurs latins que nous connaissons paraissent avoir ignoré quelles étaient exactement les paroles qui manifestaient la libre volonté des époux. Cicéron semble reconnaître qu'à son époque la plupart de ceux qui s'occupaient de droit ignoraient ces formules. *Neque illud est mirandum, qui quibus verbis coemptio fiat, nesciat, eundem ejus mulieris, quæ coemptionem fecerit causam posse defendere* (1). On dit indifféremment : *vir*

(1) Ciceron. *de Ora.* I. 56. 237.

coemptionem facit (orat. fun. de Turia. 1. 14) *ou mulier coemptionem facit* (Cic. de Orat. 1. 56. Gaius 1. 114) *ou mulier atque vir inter se quasi emptionem faciunt.* (Serv. ad Virg. Æn. liv. IV. 103).

On comprend fort bien que la mancipation s'accomplisse uniquement par l'expression non contredite de la propriété de l'objet mancipé et par la pesée du métal. Il s'agit alors de l'achat brutal d'une chose ou d'un esclave. Mais pour la *manus* la seule formule de la mancipation devient insuffisante. Il ne s'agit plus ici de faire de la femme la propriété de l'homme ; elle doit devenir sa fille et, si la *coemptio* est faite *matrimonii causa,* elle doit de plus acquérir la situation de *mater familias* et les droits d'agnation les plus complets avec la famille du mari. Aussi a-t-on écarté le nom de *mancipatio* pour créer un nom nouveau indiquant les deux phases de la solennité, le consentement mutuel et la vente, *co-emptio.*

C'est bien ainsi que Hase (2) interprète ce mode de constitution de la *manus*. « *Itaque duo quasi momenta in coemptionis solennitate obvenire debebant, primum ut maritus et mulier invicem certis et solemnibus verbis sese in matrimonium convenire velle declararent, deinde ut mancipationis formula adhibita maritus, nunc pater familias, jus matris familias sibi emeret et eam solemniter in manum suam reciperet.* »

La *coemptio* représente un progrès réel accompli dans les mœurs sur la forme primitive du mariage résultant de l'achat. Le fait de consacrer un libre consentement de la part des deux époux dénote sa constitution à une période relativement récente et suffirait à démontrer que

(1) Hase. *de Manu juris Romani antiquioris commentatio,* p. 48.

cette forme de mariage ne saurait être considérée comme le mode le plus ancien de conférer la *manus*.

Si la *coemptio* n'est qu'une vente fictive, il est hors de doute qu'à l'origine il y avait une vente réelle et effective de la femme au mari. Le père, qui aux premiers siècles de Rome pouvait tuer ses enfants, les vendre, les donner *in mancipio* à un autre citoyen, en faire en quelque sorte des esclaves, pouvait évidemment livrer sa fille à un époux moyennant un prix en retour. Cet usage se retrouve chez presque tous les peuples à l'origine des civilisations, et le peuple romain, chez lequel la puissance paternelle a été plus absolue que partout ailleurs, n'y a pas échappé (1). Mais cette vente réelle faisait tomber la femme sous l'esclavage du mari, en en faisant sa chose, son bien. Elle n'avait rien de commun avec la *manus* qui lui conserve sa condition. Il y avait pour la femme dans la vente primitive une déchéance que la *coemptio* ne lui inflige pas. Tant qu'il y a eu vente pure et simple, il n'y a point eu de *manus*. Ce n'est que le jour où cette vente, cette mancipation a été transformée en *coemptio* que la *manus* a pris naissance. Suivant leur habitude, les Romains ont puisé dans l'arsenal des lois existantes un moyen de légaliser un état de choses nouveau. C'est ainsi que la *coemptio* a rappelé par l'emploi de la mancipation les formes de l'achat primitif de la femme par le mari.

La nécessité du consentement suffit pour expliquer la différence qui existe entre la *coemptio* et la *mancipatio*. Il est inutile de songer à une vente et à un achat réciproques.

(1) Kœnigswarter. De l'achat des femmes. *Revue de législation*, t. XXXIV, p. 145 et s.

Certains auteurs, M. Troplong entr'autres (1), exagérant la portée de ce libre consentement, font jouer à la femme dans les solennités de la *coemptio*, un rôle beaucoup plus actif. D'après eux, la *coemptio* consisterait en une vente réciproque, la femme achetant le mari, comme celui-ci achetait sa femme (2).

A l'appui de cette opinion on invoque un texte de Nonius (3) qui rappelle une coutume bizarre. « *Nubens, « veteri lege romana, asses tres ad maritum veniens solebat « afferre ; atque unum quem in manu tenebat, tanquam « emendi causa, marito dare : alterum quem in pede habebat, « in foco Larium familiarum ponere ; tertium in sacciperio « quem condiderat, compito vicinali solere resonare.* » Cet as donné au mari, *tanquam emendi causa,* représenterait le prix de l'achat qu'en faisait l'épouse.

Il nous paraît impossible d'adopter cette opinion.

Remarquons tout d'abord que l'expression même employée par Nonius paraît la contredire, s'il se fût agi d'un achat le mot « *tanquam* » était inutile ; il eût suffi d'écrire *emendi causa*.

Ensuite on considère, pour les besoins de la cause, cette offre de trois as comme s'appliquant spécialement à la *coemptio*. Or le texte de Nonius présente cette coutume comme pratiquée dans tous les mariages. On n'ose cependant pas aller jusqu'à dire que dans un but d'égalité la femme achetait son mari alors même que celui-ci ne l'achetait pas elle-même, ainsi que dans la *confarreatio* et l'*usus*.

Si l'on doit admettre que Nonius a voulu exprimer un

(1) Troplong. *Contrat de mariage*.
(2) Rudorf et Puchta. *Institutes*, t. III, § 285, note 1.
(3) Nonius. *De propriet. serm.* XII, 50.

symbole, il nous paraît plus simple de regarder cette somme payée par la femme comme un tribut offert au mari pour acheter la protection et le droit de demeurer sous son toit. La femme présente un as également aux dieux lares et aux divinités protectrices du quartier en signe d'hommage et pour obtenir un appui bienveillant. On ne songe pas à prétendre que l'épouse veut par là acheter ces divinités. Le texte de Nonius exprime une seule et même idée. La femme rend hommage au moment de son mariage à toutes les puissances qui doivent la protéger dans sa nouvelle condition et elle achète cette protection. C'est d'abord son mari, puis les lares, ancêtres immédiats du mari, qui veillent sur sa famille entière et sur la maison quelle va habiter, enfin les dieux protecteurs du quartier où se trouve cette maison, ancêtres plus éloignés de son époux.

Si la *coemptio* comportait un achat du mari par la femme elle devrait avoir des conséquences toutes différentes de celles que nous lui connaissons. Il est incontestable que le mari, quel que soit le mode employé par la *manus,* avait sur sa femme les droits d'un père sur sa fille et que la femme n'avait aucun droit sur son époux. Comment cela eût-il été possible si un achat réciproque avait placé les époux sur un pied d'égalité ?

Toutes ces observations s'appliquent à deux autres textes, l'un de Boëce, l'autre d'Isidore de Séville, qui sont également invoqués par les partisans de l'opinion que nous combattons.

Boëce, dans son commentaire des Topiques de Cicéron, s'exprime ainsi : *Coemptio certis solemnitatibus peragebatur et sese in coemendo invicem interrogabant, vir ita: an sibi mulier materfamilias esse vellet ; ille respondebat velle. Item mulier interrogabat an vir sibi pater*

familias esse vellet: ille respondebat velle. Itaque mulier in viri conveniebat manum et vocabantur hæ nuptiæ per coemptionem et erat mulier materfamilias viro loco filiæ. La deuxième partie de ce texte est loin d'être la conclusion logique de la première. Le mari achetait sa femme, la femme achetait le mari, aussi la femme tombait sous la *manus* du mari qui avait ainsi sur elle la puissance rigoureuse d'un père. A quoi donc servait l'achat du mari par la femme, puisqu'il n'entraînait aucune conséquence d'égalité ?

Le § 123 du premier commentaire de Gaius n'implique pas, comme on a essayé de la faire admettre, l'idée d'un achat réciproque. Tout ce qui ressort de ce texte, c'est que, pour éviter que la femme soit *in servili causa*, la *coemptio* comportait des paroles différentes de celles dont on se servait dans la *mancipatio : « Sed differentiæ ratio manifesta est, cum a parentibus « et à coemptionatoribus iisdem verbis mancipio accipiuntur « quibus servi quod non similiter fit in coemptione. »*

Gaius nous indique deux causes de *coemptio :* le mariage ou la fiducie. Or, on ne peut admettre quand la coemptio avait lieu *fiduciæ causa*, que la femme achetait elle-même celui qui devait la revendre immédiatement. Il se borne à indiquer que la femme conservait assez d'indépendance pour pouvoir exiger sa remancipation à une personne de son choix.

Le Texte d'Isidore (1) paraît plus formel : *Antiquus nuptiarum ritus erat, quod se maritus et uxor invicem emebant ne videtur ancilla uxor.*

Ainsi que le remarque M. de Fresquet (2), en lisant

(1) Isidore de Séville. *Origines*, Liv. IV, 24.

(2) M. de Fresquet. De la *manus*. *Revue historique*, t. II, p. 145.

ces explications données aux Ve et VIIe siècles de notre ère, il nous semble lire du droit à la façon des auteurs dramatiques du XVIIe siècle qui faisaient toujours intervenir un notaire pour procéder au mariage. A l'époque où ces auteurs écrivaient on n'avait plus des notions bien précises sur le droit romain de la République ou des premiers temps de l'Empire. Justinien lui-même reconnaît le bien fondé de cette assertion en déclarant que l'ancienne législation était devenue, à son époque, obscure sur bien des points. « *Non omnium quæ a majo-* « *ribus constituta sunt ratio reddi potest.* » Boëce et Isidore de Séville, plutôt littérateurs que juristes, se sont laissés induire en erreur par l'étymologie du mot *coemptio* qui semble impliquer une vente et un achat réciproques, mais s'explique aussi par la nécessité du consentement mutuel des époux.

En tout cas, l'autorité de Boëce et d'Isidore ne saurait détruire tout ce que nous apprennent les auteurs sur la *manus*. Elle ne saurait contrebalancer l'autorité de Gaius et l'on peut dire avec Mulhembruck (1) : « *simpliciorem et ni fallunt omnia, veriorem coemptionis descriptionem memoriæ prodidit Gaius.* »

Plutarque (Questions Romaines, n° 30) rapporte qu'au moment où la femme se présentait au domicile de l'époux, elle prononçait certaines paroles traditionnelles : *Ubi tu Caius ego Caia,* — ou — *quando tu Gaius ego Gaia.* La formule nous a été conservée en grec : Διὰ τί τὴν νυμφην εἰσαγοντες λεγειν κελευουσιν « ὅπου σὺ Γαιος ἐγὼ Γαια. » Les uns traduisent ὅπου par *ubi,* les autres par *quando.*

D'après un passage du discours de Ciceron *pro*

(1) Mulhembruck. *Notes sur le résumé des antiquités de Humbold.*

Muræna (1), cette formule s'appliquait à la *coemptio*. « *In omni denique jure civili æquitatem reliquerunt, verba ipsa tenuerunt ut quia in alicujus libris exempli causa, id nomen invenerant, putarunt omnes mulieres quæ coemptionem facerent, Caias vocari.* » Quels sens pouvait avoir cette formule ? Le passage de Cicéron démontre que, déjà à son époque, c'était là un point très obscur.

Quelques-uns veulent y voir un symbole d'égalité. M. Wolowski (2) rapporte que, suivant un auteur, ces mots solennels viennent du grec γαιος, *bos operarius*, et qu'ils signifiaient selon l'explication de Creutzer : *Caius*, le mâle robuste, armé et labourant la terre, *Caia*, la femelle lui venant en aide, féconde et utile.

De tous les essais d'interprétation le seul qui paraisse fondé est celui de Mommsen (3). A ses yeux le mot traditionnel de Gaius n'est pas un prénom, mais un vieux gentilice qui a laissé des traces. La fiancée déclarait donc vouloir adopter le gentilice de son futur époux et il n'y avait point à cet effet d'occasion plus opportune que l'acte même par lequel elle passait comme fille sous la puissance de son mari. La femme aurait prononcé ces paroles au moment de la *confarreatio* (4). La formule fut par la suite employée dans les autres formes du mariage avec *manus*, quoique, ni la *coemptio*, ni *l'usus* ne donnassent à la femme le gentilice de son époux.

Du reste, *Gaius* et *Gaia* n'étaient plus à ce moment

(1) Cicéron. *Pro Muræna*, 12-27.

(2) Wolowski. *Revue de législation et de jurisprudence*, t. XLIII, p. 339.

(3) Mommsen. *Rom Forsch*, I, p. 11 et S.

(4) Karlowa (p. 28), place au contraire cette déclaration à la suite de l'acte de confarréation.

dans l'usage, que des prénoms. Ces mots revêtirent alors une acceptation très générale, à peu près inintelligible, et on les prononçait non plus à l'instant de la célébration du mariage, mais à l'entrée de l'épouse dans la maison de l'époux. « *Ceterum Gaia non super omnes celebrata est ; ferunt enim Gaiam Cæciliam, Tarquinii prisci regis uxorem optimam lanificam fuisse et ideo institutum, ut novæ nuptæ ante januam mariti interrogatæ, quænam vocarentur Gaias esse dicerent.* » Auctor *de prænom.* 7. — Festus Ep. 95-18, nous donne une interprétation analogue. Plutarque (Q. R. 30) en adopte une autre fort générale, le sens de la formule serait : ὅπου σὺ κύριος καὶ οἰκοδεσπότης καὶ ἐγὼ κύρια καὶ οἰκοδέσποινα.

Mais aucun auteur n'indique que cette formule ait été exclusivement employée dans la *coemptio*. Plutarque, qui est plus explicite que tout autre sur cette formalité, ne représente point la femme entourée des cinq témoins et devant le *libripens*. D'après lui, elle prononce les paroles traditionnelles au moment où, entourée de son cortège, elle arrive à la maison du mari. Là le mari demande à sa future épouse : Qui es-tu, viens-tu seulement réclamer une hospitalité passagère ? Et la femme répond : *Ubi tu Gaius, ego Gaia,* là où tu habites, je viens habiter, là où tu iras, je te suivrai. A ce moment la formule s'applique à toutes les justes noces : elle est devenue la reconnaissance de la vie commune à laquelle la femme s'assujettit, la déclaration de l'unité civile qu'implique le mariage et que les jurisconsultes ont exprimé en définissant les justes noces « *viri et mulieris conjunctio individuam vitæ consuetudinem continens.* » Cette formule, autrefois l'acceptation du gentilice de l'époux dans la confarréation seule, est devenue l'expression dans tout mariage de l'idée mise en relief

par tous les législateurs, depuis la Bible jusqu'au Code civil, que la femme doit obéir à son mari et le suivre partout où il jugera à propos d'habiter.

Vouloir l'expliquer autrement et en faire un symbole d'égalité uniquement pour le mariage par *coemptio* est une erreur qui heurte de front tout ce que nous savons de la condition primitive de l'épouse Romaine.

La *coemptio* a gardé plus longtemps que l'*usus* et la *confarreatio* une place dans la pratique et dans les mœurs. A l'époque de Gaius, elle restait seule d'un emploi fréquent. La durée de ce mode de mariage s'explique par sa forme juridiquement plus parfaite. Elle avait sur la *confarreatio* et l'*usus* l'avantage de pouvoir comporter des conditions et des réserves. Rien n'était plus usuel en matière de *Mancipatio*. Gaius I, § 140 : *Quem pater ea lege mancipio dedit, ut sibi remancipetur*. Il est parfaitement compréhensible que pour la femme *qui cum marito coemptionem facit, matrimonii causa, la remancipatio* se trouvait réservée en vue d'un divorce éventuel. Le passage de Gaius (I, § 137), malgré ses lacunes, laisse bien entendre que le divorce s'opérait par remancipation, *mancipatione desinunt in manu esse*. En tout cas, il est absolument certain (Gaius I, § 115) que pour la femme qui *cum extraneo fiduciæ causa coemptionem facit la remancipatio* était nécessairement prévue d'avance et que des réserves avaient été faites lors de la *coemptio*.

C'est cette faculté de comporter des conditions et des réserves, de constituer une forme plus souple de mariage, qui a permis à la *coemptio* de survivre même à la *manus matrimonii causa* et de ne disparaître qu'avec la *manus* fiduciaire.

§ 3. USUS.

Si deux époux n'avaient accompli ni les formalités de la *confarreatio*, ni celles de la *coemptio*, la *manus* pouvait encore naître du seul fait de la cohabitation *(Usus)*.

Les renseignements les plus complets que nous possédons sur l'*usus*, comme mode d'établissement de la *manus*, nous sont donnés par Gaius au § 111 du Livre I de ses Institutes : *Usu in manum conveniebat quæ anno continuo nupta perseverabat : nam velut annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat, filiæque locum obtinebat. Itaque lege duodecim tabularum cautum erat, si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ut quotannis trinoctio abesset, atque ita usum cujusque anni interrumperet. Sed hoc totum jus partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine obliteratum est.*

On peut donc définir l'*usus* une sorte d'usucapion de la femme par la possession effective du mari; durant le délai d'un an, non interrompue pendant au moins trois nuits consécutives.

De tous les modes de constitution de la *manus*, l'*usus* paraît être le plus artificiel; il suppose en effet des justes noces remontant à une époque déjà assez éloignée, à un an tout au moins, et pendant cette première période la situation de la femme est toute différente de ce quelle devient par la suite.

La transformation qui s'opère par la seule échéance du temps légalement fixé, produit-elle des effets aussi complets que la *confarreatio?* Il est permis d'en douter. Il est à peu près certain qu'en cas d'*usus* la femme, qui

avait commencé par conserver le nom de son père, le gardait dans la suite; rien n'indique qu'une cérémonie ultérieure eut lieu en vue de lui en conférer un autre.

Nous avons examiné, dans la partie historique de ce travail, les différentes théories qui se sont produites pour essayer d'expliquer les origines de l'*usus*. Il nous paraît, avons-nous dit, comme un moyen originairement créé pour permettre aux époux de donner à leur union les conséquences de la *manus*, alors que l'omission de la *confarreatio* ou de la *coemptio* les privait des avantages attachés à cette forme de mariage.

De même que dans les autres modes d'établissement de la *manus*, le respect du consentement mutuel joue, dans l'*usus*, un rôle principal. La femme ne tombe sous la *manus* du mari que si l'un et l'autre le veulent bien. L'*usus* repose sur une sorte de présomption légale : le désir et la volonté tacites, tant chez la femme que chez le mari, de donner lieu à la *manus*. La femme peut être contrainte d'interrompre ou peut interrompre de son chef la prescription qui doit la soumettre à la puissance de son époux. La loi des XII tables a législativement consacré ce droit de libre consentement que l'usage seul avait jusque-là fait respecter. Le texte de Gaius démontre, en effet, que les décemvirs intervinrent pour réglementer seulement le délai de prescription, afin d'éviter les incertitudes qui pouvaient s'élever sur le temps plus ou moins long nécessaire pour l'*usurpatio*.

On établit que la femme pouvait, chaque année, interrompre la possession du mari, *usurpare* disent les textes, en passant trois nuits hors du domicile conjugal. Le délai se comptait à partir du jour du mariage pour la première année et du jour anniversaire de la célébration du mariage pour les années suivantes. Les

trois nuits devaient être bien entières. Aulu-Gelle (1) rapporte l'opinion de Quintus Mucius sur ce point : « *Quintum quoque Mucium jure consultum dicere solitum legi, non esse usurpatam mulierem quæ kalendis Januariis apud virum causa matrimonii esse cæpisset, et ante diem quartum kalendas januarias usurpatum isset. Non enim posse impleri trinoctium, quod abesse a viro usurpandi causa ex duodecim tabulis deberet : quoniam tertiæ noctis posteriores sex horæ alterius anni essent qui inciperet ex kalendis* » (2).

On s'est demandé s'il fallait que ces trois nuits fussent consécutives. Aucun texte ne l'indique d'une façon formelle, mais l'expression même de *trinoctium* pour désigner la durée de l'absence exigée par la loi nous semble le prouver.

L'*usus* consiste, avons-nous dit, en une sorte d'usucapion s'appliquant aux mariages qui se sont formés par la simple tradition de la femme, sans que la confarréation ou la coemption aient été employées. De même que pour les choses *in bonis* l'usucapion transformait la propriété du droit des gens en propriété du droit civil, de même l'*usus* donnait au mari sur sa femme la puissance que ne lui attribuait point la simple cohabitation.

L'usucapion exigeait une juste cause, une possession continuée sans interruption légale pendant un temps déterminé et dans la plupart des cas, au début de la possession, la bonne foi (3).

(1) Aulu-Gelle. *Nuits Attiques*, III, 2.

(2) De même Macrobe. *Saturn*, I, 3.

(3) La bonne foi n'était pas nécessaire pour acquérir la propriété quiritaire sur la chose que l'on avait *in bonis*. « La bonne foi est inutile et même intelligible toutes les fois que la néces-

L'*usus* est-il soumis aux mêmes conditions ?

Pour l'*usus*, la juste cause réside dans le fait du mariage. C'est à partir de sa célébration que commence à courir le délai de prescription.

Quant à la possession, elle offre dans l'*usus* un caractère particulier. La femme, en effet, personne libre, n'est pas susceptible d'une véritable possession. Gaius (Com. II, § 90) l'indique d'une manière formelle : « *Per eas vero personas quas in manu mancipio ve habemus, proprietas quidem adquiritur nobis ex omnibus causis sicut per eos qui in potestate sunt : an autem possessio adquiratur quæri solet, quia ipsas non possidemus.* » Aussi lorsque Gaius nous dit, en parlant de l'*usus*, que la femme *velut annua possessione usucapiebatur*, il ne faut pas l'entendre en ce sens que la femme est un objet susceptible d'une véritable usucapion. S'il en était ainsi, ce n'est pas la *manus* qui se produirait, mais le *dominium*. La femme deviendrait la chose, la propriété, l'esclave de son mari.

L'expression elle-même employée semble donner la mesure de la différence que nous signalons. On a supprimé du mot la partie qui manifeste avec le plus d'énergie la main-mise, la possession réelle. Ce n'est plus l'*usucapio*, c'est l'*usus* qui donne au mari la *manus* sur la femme. Nous l'avons déjà dit, l'*usus*, de même que la *coemptio*, est un moyen adventice et artificiel transporté du statut réel au statut personnel, mais avec la nuance que comporte l'état de chose nouveau auquel

sité d'usucaper tient seulement au caractère de la chose qui est *res mancipi*, car ici la tradition est supposée faite ou par le propriétaire lui-même, ou par un véritable fondé de pouvoirs. » Accarias I, p. 530.

on applique la *mancipatio* et l'*usucapio*. Il fallait, si l'on voulait améliorer la condition de la femme, respecter son consentement et sa volonté. On ne pouvait la posséder malgré elle. Si, pour acquérir la *manus*, l'époux avait usé de violence ou bien, en enfermant sa femme, lui retirait la faculté du *trinoctium*, la possession était vicieuse ; il n'acquérait point la *manus*. C'est l'obligation de compter avec cette libre volonté de la personne possédée qui différencie l'*usus* de l'*usucapio*.

Pour acquérir la propriété par *usucapio*, il faut que la possession réunisse deux éléments : le *corpus* et l'*animus*, c'est-à-dire la détention matérielle de la chose et la volonté d'exercer ou d'acquérir sur elle le droit de propriété. Paul, Dig. L. XLI, tit. II, l. 3, § 1 : *Et apiscimur possessionem corpore et animo; neque per se animo aut per se corpore.* »

Pour obtenir la *manus* par l'*usus*, il suffit à la possession d'un élément : le *corpus*. *L'animus rem sibi habendi* ne saurait se produire. La nécessité du concours de deux volontés, celle de la femme et du mari, s'y oppose. La *manus* ne peut être acquise au mari que si la femme le veut bien et n'use pas, malgré lui, du *jus trinoctii* ; d'autre part, la *manus* peut être acquise au mari, même contre son gré, s'il n'oblige pas sa femme à quitter, pour trois nuits au moins, le domicile conjugal.

Grupen (de *uxore romana*, p. 273), est d'un avis opposé et applique rigoureusement à l'*usus* les règles de l'usucapion (1). C'est ne pas tenir compte des différences que les auteurs signalent et que la raison impose. On essaye, dans l'impossibilité où l'on se trouve de

(1) Hassius. *Gütterecht des Ehegatten*, p. 67, est d'un avis contraire.

justifier la nécessité du deuxième élément de la possession, de tourner la difficulté. On prétend que l'*animus* consisterait non pas à *rem sibi habere,* mais à *uxorem in manum recipere*. Les textes sont contraires à un semblable système. Ils se bornent à indiquer qu'il suffit que la cohabitation ait duré un an sans interruption. Ils n'exigent pas d'autre condition.

Le défaut d'*animus* permet de croire qu'une absence de fait ou forcée produisait le même effet que le départ volontaire et intentionnel de la femme. Le matérialisme général du droit romain nous porte à penser qu'ici, comme en bien d'autres matières, on s'attachait avant tout au fait sans tenir compte de l'intention qui l'avait produit.

La durée de la possession était d'un an. La femme à ce point de vue était assimilée aux choses mobilières. C'était là un souvenir des temps anciens.

Quant à la bonne foi, troisième condition de l'usucapion ordinaire, elle ne trouve pas de place dans l'*usus*. La *manus*, du moins la vraie *manus*, celle dont nous nous occupons actuellement, ne pouvait être établie que par l'époux sur l'épouse. Si donc le mariage n'existe pas, ne satisfait pas à toutes ces prescriptions de la loi Romaine, peu importe qu'il y ait eu ou non chez l'homme et la femme erreur et bonne foi.

De tous les modes de constitution de la *manus*, l'*usus* fut le premier à disparaître.

Les mœurs de la Rome primitive se modifièrent assez promptement sous des influences que nous aurons à examiner. Le désir d'indépendance des femmes les porta à se soustraire à la *manus*.

Les mariages libres devinrent en quelque sorte le droit commun et la présomption sur laquelle reposait

l'*usus*, à savoir le désir de la femme de se soumettre à la *manus* du mari, fit place à une présomption tout opposée. L'*usus* perdit alors sa raison d'être. Il ne tarda pas à disparaître entièrement dès les dernières années de la République. Cicéron en parle comme d'une institution en vigueur de son temps (*pro Flacco* 34) et Gaius comme d'un vieux souvenir (I. 110, 111).

SECTION II

Conditions d'Acquisition de la « Manus ».

La *manus* suppose deux époux unis par de justes noces. Elle implique donc, en même temps que les formes précédemment décrites, les conditions d'un *justum matrimonium*.

Les conditions exigées pour que le mariage soit valable, nous sont indiquées par des textes de Gaius et d'Ulpien. *Justum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt connubium sit, et tam masculus pubes quam femina viri potens sit, et utrique consentiant, si sui juris sint aut etiam parentes eorum, si in potestate sint. Connubium est uxoris jure ducendæ facultas. Connubium habent cives Romani cum civibus Romanis ; cum Latinis autem et peregrinis, ita si concessum sit. Cum servis nullum est connubium* (1).

Pour la *manus*, il ne suffisait pas d'avoir le *connubium*, il fallait de plus le *jus civitatis*.

(1) Ulpien. *Regulæ* tit. V. 2, 3, 4, 5 et suivants.

Gaius (1.108), en parlant des personnes soumises à la *manus*, déclare nettement que c'est là un droit propre aux citoyens romains : *Quod et ipsum proprium civium Romanorum est.* Les *Latini veteres* qui avaient le *jus connubii* et le *commercium* ne pouvaient pas recevoir une femme *in manum.* Ce ne fut que lorsque les lois Julia et Plautia Papiria (665-90) leur eurent donné le droit de cité, qu'ils purent recevoir des femmes *in manu.*

Entre les habitants ayant le droit de cité, il n'y a aucune distinction à faire. Les affranchis citoyens, et, jusqu'à la loi Junia Norbana, il n'y en eut point d'autres à Rome, pouvaient avoir une femme *in manu.* Tite Live I, 26 et 49, Gaius III, 41 et Ulpien, XXIX, 1, l'indiquent formellement en examinant l'hypothèse où un affranchi meurt intestat laissant une veuve *quæ in manu ipsius esset.* De même les affranchies citoyennes romaines pouvaient tomber *in manu.* Le paragraphe 195 du commentaire I de Gaius ne laisse subsister aucun doute sur ce point (1).

La découverte en octobre 1851 des tables de Salpenza a fait naître de vives discussions. Le chapitre XXII de cette table paraît indiquer que les habitants de Salpenza qui étaient Espagnols et non citoyens Romains pouvaient acquérir la *manus* sur leurs femmes.

M. Laboulaye *(Revue historique*, t. 1, p. 538 et suiv.) et M. Asher *(Revue historique XII*, p. 113 et suiv.) mettent en doute l'authenticité de stables de Salpenza.

(1) Huschke, *De privilegiis Feceniæ Hispalæ*, a soutenu le contraire sans raison plausible.

Gaius. Com. I § 195. *Item si sit a masculo manumissa et auctore eo coemptionem fecerit, deinde remancipata et manumissa sit, patronum quidem habere tutorem desinit, incipit autem habere eum tutorem a quo manumissa est ; qui fiduciarius dicitur.*

Nous croyons cependant avec M. Giraud *(Revue historique XIII,* p. 79 et suiv.) que la chose n'est guère contestable. Il faut donc supposer qn'il y avait pour Salpenza un droit latin particulier, qui était peut-être le droit romain lui-même.

A la *manus* s'appliquaient comme au mariage les mêmes conditions d'âge et la nécessité de n'être pas parent à un degré rapproché.

Nous n'avons pas à insister sur ces points connus et quelque peu en dehors du cadre de notre étude.

Qu'il nous suffise de rappeler que l'âge légal était de quatorze ans pour l'homme, de douze ans pour la femme. Dans la pratique l'homme ne se mariait qu'après avoir revêtu la toge virile.

L'usage ancien voulait que le père choisit son gendre dans sa propre gens. On signale comme des exceptions les mariages contractés par des filles en dehors de la gens où elles sont nées. On dit d'elles « *enubunt* » (1).

Cependant le mariage est réprouvé à la fois par les mœurs et les lois *(nefariæ* et *incestæ nuptiæ)* entre les

(1) *Tite-Live.* IV. 4. 7. — X. 33. 4. « *Enubere e patribus* ». — Isid. Append. XXIII, 153. *Enubere extranco.*

Tite-Live XXXIX. 19 mentionne un seul cas de *gentis enuptio,* lorsqu'en l'an 568 de Rome le Sénat décida *ut Feroniæ Hispallæ... gentis enuptio, tutoris optio item esset, quasi ei vir testamento dedisset.* Il résulte de ce passage que la veuve n'est autorisée à une *gentis enuptio* que si son mari l'a permis par son testament. D'où cette conclusion qu'en tire Mommsen (R. F. 1. p. 10) que d'une manière générale les femmes n'ont pas plus le droit de sortir de leur *gens* que celui de disposer librement de leur fortune.

Ce fait peut expliquer la presque généralité, dans les premiers temps de l'histoire de Rome, du mariage avec *manus,* Le *pater familias* devait consentir d'autant plus facilement à perdre sa puissance sur sa fille que celle-ci ne sortait pas de la grande famille constituée par la *gens* et que les biens quelle apportait au mari allaient à des *agnats* ou *gentiles.*

membres d'une même famille, jusqu'au sixième degré de parenté. Avec le relâchement de l'ancienne organisation de la famille, cette interdiction tendit à disparaître. Après la première guerre punique, elle fut levée pour les parents au sixième degré et, d'après Tite-Live, le mariage entre cousins germains, *consobrini*, c'est-à-dire, parents au quatrième degré, fut permis depuis l'époque de la deuxième guerre punique. Enfin, lorsqu'en l'an 49 de notre ère, Claude, empereur, voulut épouser Agrippine, fille de son frère Germanicus, le Sénat autorisa le mariage au troisième degré de parenté, entre nièce et oncle paternel *(patruus)*, le mariage demeurant interdit entre nièce et oncle maternel *(avunculus)*. Quant au mariage du neveu avec la tante, il demeura toujours prohibé.

La condition essentielle de la validité du mariage, et partant de la *manus*, était le consentement du père de famille. (Pauli Sent L. II, tit. XIX. 2. — loi 35. Dig. XXIII, tit. II — loi 2 Dig. XXIII, tit. II). Tant que l'autorité paternelle exista avec la plénitude de ses effets, le mariage des enfants fut décidé par le père de famille. Il ne pouvait être question de leur volonté, alors surtout qu'on les mariait extrêmement jeunes (1). Le père de famille conserva longtemps cette faculté d'imposer le mariage à ses enfants ; il l'avait encore vis-à-vis de sa fille à l'époque classique (l. 12 § 1. Dig. XXIII, t. I) (2). Le fils seul paraît en avoir été affranchi.

(1) Vipsanie Agrippine fille d'Agrippa et de Pomponia fut promise à Tibère, dès sa première année. Friedlander, *Mœurs Romaines*. T. Ier, p. 251-254.

(2) *Dig*. l. 12. Liv. XXIII. Tit. I. *Seâ quæ patris voluntati non repugnat, consentire intellegitur.* — § 1er. *Tunc autem solum dissentiendi a patre licentia filiæ conceditur, si indignum moribus, vel turpem sponsum ei pater eligat.*

En principe, cependant, on demandait, en vue de la conclusion du mariage, le consentement de toutes les parties intéressées et, avec le relâchement de la puissance paternelle, l'idée qu'il fallait tout d'abord le consentement des futurs époux domina de plus en plus. Paul, Dig. XXIII. II. 2, l'indique nettement : *Nuptiæ consistere non possunt nisi consentiant omnes id est qui coeunt quorumque in potestate sunt.*

Il en fut pour la *manus* comme pour le mariage. Tant que la volonté de l'enfant ne put faire échec à la volonté du père, il dut accepter, en même temps que le mariage, la *manus* que celui-ci lui faisait acquérir sur la personne de son choix.

Lorsque le fils eut le droit de refuser la fiancée qui lui était proposée, il ne put certainement être contraint, malgré sa volonté, à remplir les formalités de la *confarreatio* ou de la *coemptio.*

Mais une fois marié sans *manus,* put-il, alors qu'il était encore sous la puissance de son père, contraindre son épouse à l'*usurpatio trinoctii* si celle-ci s'y refusait et si le père de famille l'autorisait à rester au domicile conjugal ? Cela paraît peu vraisemblable eu égard à l'omnipotence du père de famille.

Quant à la fille de famille, on croit généralement que son consentement devint nécessaire pour la *manus,* lorsque la jurisprudence exigea pour l'adoption, le consentement de l'enfant, c'est-à-dire à l'époque de Celse et de Modestin (lois. 5 et 40 à 42. Dig. I. 7). La *manus* et l'adoption entraînaient des résultats à peu près identiques : c'était toujours la transmission de la puissance paternelle.

Mais si l'expression de la volonté des futurs époux devint nécessaire pour créer la *manus,* elle resta néanmoins à elle seule insuffisante dans la plupart des cas.

Il faut distinguer deux hypothèses. Supposons tout d'abord l'homme et la femme encore soumis à la puissance paternelle. Dans ce cas, il est hors de doute que le fils et la fille doivent obtenir le consentement de leurs pères respectifs, soit pour la *confarreatio*, soit pour la *coemptio*. Ce consentement était nécessaire pour le mariage : or ces deux formalités coïncidaient avec la cérémonie nuptiale. Le lien nuptial et la *manus* se produisaient en même temps. Le fils ne pouvait davantage acquérir, sans le consentement de son père, la *manus* au moyen de l'*usus*. En effet, soumis à la puissance paternelle, il ne pouvait empêcher l'*usurpatio trinoctii* de sa femme, que tout autant que son père, le chef incontesté de la maison, ne s'y opposait pas. Quant à la fille, elle ne pouvait, par l'*usus*, tomber sous la *manus* du mari, sans la volonté de son père. Il ne saurait y avoir de doute sur ce point. Malgré le mariage, le père avait conservé tous ses droits sur la personne et les biens de sa fille ; il pouvait l'enlever à son époux, la contraindre à divorcer (L. 1. *in fine* Dig. XLIII. 30.) à *fortiori* pouvait-il la contraindre à l'*usurpatio trinoctii* (1).

Supposons maintenant l'homme et la femme *sui juris*.

L'homme pour se marier doit être pubère ; pubère et *sui juris*, il figure seul dans tous les actes de la vie civile ; pour se marier, il n'a besoin d'aucune autorisation. Il en est de même pour acquérir la *manus*.

La femme *sui juris* au contraire était soumise à une tutelle perpétuelle, tutelle légitime, optive, testamentaire ou fiduciaire. Elle ne pouvait aliéner une *res*

(1) L. 2. Dig. L. XLIII, tit. 33. *Hermogenien. Imo magis de uxore exhibenda ac ducenda pater etiam, qui filiam in potestate habet, a marito recte convenitur.*

mancipi quelconque sans l'assistance de son ou de ses tuteurs. En se soumettant à la *manus*, la femme aliénait tous ses biens *mancipi* présents et à venir. A ce titre, elle devait nécessairement obtenir *l'auctoritas* de ses tuteurs, préposés à la garde et à la conservation de son patrimoine. Les textes font défaut relativement à la *confarreatio*, mais en ce qui concerne la *coemptio*, Ciceron nous donne pour la tutelle légitime l'appui d'un texte formel : *In manum, inquit, convenerat : nunc audio ; sed quæro usu an coemptione ? Usu non potuit, nihil enim potest de tutela sine omnium tutorum auctoritate deminui..... Coemptione ? omnibus ergo auctoribus.* (Pro Flacco 34).

Dans la plaidoirie de Cicéron il ne s'agissait, il est vrai, que de la tutelle légitime d'une affranchie; mais les termes employés par l'orateur sont généraux et visent tout aussi bien la tutelle légitime des ingénus. S'il eût voulu rester dans l'espèce du procès il n'aurait pas employé le pluriel « *omnibus ergo auctoribus* » puisque l'affranchie dont il s'agissait n'avait eu qu'un tuteur, Flaccus, le client de Cicéron.

Deux textes de Gaius (I. 115 et 195.) viennent à l'appui de notre opinion. Dans le § 115, le jurisconsulte Romain indique fort nettement qu'une femme ne peut faire *coemptio* qu'avec l'assentiment de tous ses tuteurs : « *Si qua velit quos habet tutores reponere, ut alium nanciscatur, iis auctoribus coemptionem facit.* Par leur généralité les termes de Gaius s'appliquent à toutes les tutelles. Or, si l'*auctoritas* des tuteurs de la femme n'avait pas été nécessaire pour la *coemptio* productive de la vraie *manus*, les jurisconsultes romains n'auraient point songé à la rendre obligatoire pour la *coemptio* fiduciaire qui avait précisément pour but d'éliminer les tuteurs.

Lorsque la tutelle des femmes eut perdu sa rigueur

primitive, il est probable que le préteur put, au cas où ils l'auraient refusée, contraindre les tuteurs à donner leur *auctoritas*.

Quant à l'*usus*, il paraît certain que jamais il n'a pu servir à constituer la *manus* sur une femme *sui juris*. Le texte déjà cité de Ciceron (Pro Flacco 34) est formel sur ce point: *Usu non potuit; nihil enim potest de tutela legitima sine omnium tutorum auctoritate deminui*.. Et en effet l'*usus* entrainant les mêmes effets pécuniaires que la *coemptio* devait exiger également l'*auctoritas* des tuteurs. Or, selon la remarque de M. Accarias (Precis I, p. 254, note 2), « l'*auctoritas* devant être interposée *in* « *ipso actu* et supposant la prononciation de paroles « solennelles, on ne la conçoit qu'appliquée à un acte « positif ; on ne la conçoit pas validant les résultats « d'une simple inaction prolongée. » D'autre part le consentement des tuteurs n'était en aucun cas exigé pour la validité du mariage de leur pupille. Une fois mariée ils ne pouvaient la contraindre à l'*usurpatio trinoctii*, car ils n'avaient sur la personne de la femme aucune autorité. Elle aurait pu par le mariage faire passer en des mains étrangères son patrimoine entier et dépouiller ainsi ses tuteurs légitimes des droits éventuels qu'ils avaient sur ses biens, droits à la conservation desquels pendant longtemps les Romains ont attaché le plus grand prix.

CHAPITRE II

EFFETS DE LA « MANUS »

Lorsque les deux époux remplissant les conditions que nous venons d'indiquer, se sont soumis aux formalités prescrites, ils se trouvent avoir contracté un mariage avec *manus*.

Quelles sont les conséquences de cette union ? Elles découlent toutes d'un effet capital que les auteurs romains résument brièvement en ces mots : « *Mulier agnoscitur loco filiæ, vel loco neptis.* » La femme est soustraite à la puissance de son père. Elle passe sous celle de son mari, et, si celui-ci est encore soumis à l'autorité de son père ou de son aïeul, sous celle du chef de la famille de son mari. Tous les liens d'agnation sont rompus avec sa famille d'origine ; en récompense elle se trouve unie aux agnats du mari ; seules les conséquences de la cognation continuent à subsister, la loi n'ayant pas le pouvoir de briser les liens de la parenté naturelle.

L'effet principal de la *manus* consiste dans ce changement apporté au *status* de la femme. Comme conséquence de ce changement d'état, l'épouse subit une

minima capitis deminutio. — Capitis minutio est status permutatio. — Gaius, L. I, Dig. L. IV, T. V. Dans ses *Institutes* (I. 162.) Gaius indique plus nettemment encore cet effet de la *manus : Minima capitis deminutio est cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur ; quod accidit in his qui adoptantur, item in his quæ coemptionem faciunt.* » Ce qu'il dit de la *coemptio* s'applique également aux autres modes de *conventio in manum*. Ulpien nous donne à ce point de vue un texte plus général : *Minima capitis deminutio est, per quam et civitate et libertate salva, status duntaxat hominis mutatus ; quod fit adoptione et in manum conventione.* (Reg. XI § 13.)

On a cependant contesté que la femme tombant *in manu* subit dans tous les cas une *minima capitis deminutio*. Quelques interprêtes et notamment M. de Savigny (t. II, app. IV.) ne voient de *capitis deminutio* que dans les cas où il y a, soit une diminution effective de capacité, soit une cérémonie civile dégradante, *(in imaginariam servitutem deductio)*. Par suite, d'après eux, la femme qui tombe *in manu* ne serait *capite minuta* que si auparavant elle était *sui juris*.

La controverse soulevée sur ce point tient à une fausse interprétation de la *minima capitis deminutio*. Les textes de Gaius et d'Ulpien sont cependant précis et leur généralité ne laisse supposer aucune exception. Paul, dans divers fragments rapportés au Digeste et notamment dans la définition qu'il en donne, présente la *minima capitis deminutio* comme constituée par le seul fait du changement de famille « *cum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat.* (Dig. L. IV, tit. V, loi 11 in fine).

Les textes que nous citons nous paraissent décisifs et, sans développer plus longuement une controverse

qui ne rentre pas dans le cadre de notre sujet, nous adopterons contre M. de Savigny la doctrine généralement suivie. Que la femme fut ou non *sui juris* et qu'en se soumettant à la *manus*, elle subit ou non un amoindrissement de sa capacité antérieure, nous croyons que dans tous les cas il y avait pour elle une *minima capitis deminutio*.

Ce changement d'état, conséquence de la *manus*, apportait incontestablement des modifications dans les rapports réciproques des époux. Dans le mariage avec *manus* les situations respectives de l'homme et de la femme devaient être différentes de ce qu'elles étaient dans le mariage sans *manus*. En quoi consistaient ces différences, quels étaient les effets spéciaux produits par la *manus* ? Nous touchons là à une question fort débattue.

Les uns, et nous sommes du nombre, estiment que la *manus* modifiait et les rapports pécuniaires des deux époux et les droits du mari sur la personne de la femme. Pour les autres, ce changement opéré par la *manus* dans la condition de la femme s'analyse en des conséquences d'une espèce unique, toutes relatives aux rapports pécuniaires des époux. La *manus* ne donne aucun droit nouveau au mari sur la personne de sa femme ; qu'il y ait *conventio in manum* ou non l'époux a les mêmes droits sur l'épouse. On ne conteste pas que les justes noces accompagnées des formalités de la *manus* ne donnent au mari une certaine puissance sur la femme, mais l'on soutient que cette puissance, moins étendue que celle que nous admettrons au cours de ce travail, provient uniquement des justes noces et non de la *manus*. Cette opinion a été notamment défendue en Allemagne par M. Hase qui l'expose en ces termes :

« *quod quidem non eo extendimus quasi marito plane nul-*
« *lum in mulierem imperium fuisse dicamus ; verum si*
« *quid erat non e manu descendebat sed e communi omnium*
« *matrimoniorum jure.* » Le débat soulevé par M. Hase en Allemagne s'est ravivé en France lorsque M. Gide s'est fait, dans son ouvrage sur la condition de la femme, le défenseur de cette opinion (1).

Sans entrer actuellement dans le détail de la discussion, nous devons tout au moins, pour justifier la division par nous adoptée, exposer les principaux arguments généraux qui militent en faveur de notre opinion. Le développement des effets de la *manus* sur la personne et sur les biens de la femme viendra compléter ensuite notre démonstration.

Gaius, I. 48, nous apprend que les personnes se divisaient en deux catégories : *quædamæ personæ sui juris sunt*, *quædam alieno juri subjectæ sunt*, et il ajoute au paragraphe suivant : *earum personarum quæ alieno juri subjectæ sunt, aliæ in potestate, aliæ in mancipio sunt.* Il semble bien que la *conventio in manu* avait pour effet de soumettre la femme à la puissance du mari puisque par ce fait elle se trouve comprise dans la catégorie des personnes *alieno juri subjectæ* (2).

(1) Hase. op. cit. § 3 et passim. Gide. *Etude sur la Condition privée de la femme*, p. 133 et s.

Contrà. de Fresquet, p. 158 et 159. Maynz. T. I, § 11.

Cpr. MM. Ginoulhiac. *Hist. du Reg. dotal,* p. 59 ; Laboulaye, *Recherches sur la condition civile et politique des femmes*, p. 31-93.

(2) R. Von Ihering. *L'esprit du droit Romain,* t. II, p. 158 est formel à ce point de vue. *Manus* et *familia* étaient corrélatifs, *familia* désignait le domaine de la puissance, *manus* le symbole et l'instrument du pouvoir, la puissance elle-même ; a elle deux les expressions embrassaient tout ce qui se trouvait dans la maison : personnes et choses, êtres libres et esclaves. Les personnes de ces

Hase cependant a nié que le mari ait eu, de par la *manus*, une autorité quelconque sur la personne de la femme. Il se base sur la triple division faite par les textes de Gaius, d'Ulpien (XIX, 18, XXIV, 23 et 24), et de Paul (Vatt. frag. § 31, 300), des personnes *alieni juris* en personnes *in potestate*, *in manu* et *in mancipio* pour écarter de la *manus* toute idée de *potestas*. Pour lui ce sont choses absolument distinctes et on ne trouve aucun texte où il soit fait mention d'une *potestas mariti* (1). Le fait par la femme *in manu* d'être *alieni juris* n'implique pas davantage, d'après Hase, l'idée d'une autorité du mari sur la femme. Pour lui être *alieni juri* et *sub aliena potestate* correspondent à deux ordres d'idées différents que l'on a eu le tort de confondre. « *At vereor ne hæc* « *sententia quæ potestati et alieni juri plane eamdem notio-* « *nem subjiciendam esse censeat in hac divisione plus conferrat* « *quam quod revera ea complectitur.* »

La division des personnes en *sui juris* et *alieni juris* ne viserait que les intérêts pécuniaires et l'expression *jus* n'impliquerait aucun pouvoir sur la personne. Le mot *potestas* seul aurait cette signification. Pour Hase, la vraie notion du mot *jus* se trouve dans les expressions sui-

deux catégories étaient *alieni juris :* le chef de la famille n'avait pas seulement droit sur elles, mais il les avait elle-mêmes en son pouvoir, avec tout ce quelles étaient, ce quelles avaient, produisaient ou gagnaient.

De même, MM. J. Christiansen et Rossbach.

M. Bry, *Principes de droit romain*, p. 96, écrit, en traitant de la manus : c'est, sous un nom nouveau, la puissance paternelle avec tous ses attributs.

(1) Il faut cependant remarquer que les mots *manus* et *potestas* sont parfois employés comme synonymes. Ulpien, frag. 4. D 1-1. *Servius ad Æneid.* IV. v. 103. *Tite-Live* XXXIV. 27 emploie même l'expression « *Servitus muliebris.* »

vantes fréquemment employées par les textes : *succedere in universum jus defuncti, in jus de mortui, in omne jus testatoris*. Il assimile à l'ouverture d'une succession la *capitis deminutio* que subit la personne *sui juris*, en tombant sous la *potestas*, la *manus* ou le *mancipium* d'une autre personne. « *Res sicuti ipsa verba fere eadem sunt.* « *Utriusque jus universum in alium transfertur, alter, ad* « *quem transit, duo nunc quasi jura ipsius alteriusque vel* « *mortui vel capite minuti in se representat.* » Etre *alieno juri subjectus*, c'est être incapable de rien posséder en propre, c'est voir tout ce que l'on acquiert passer au maître, au père ou au mari sous la puissance duquel on est, c'est *nil suum habere*. Etre *sui juris* au contraire, c'est pouvoir acquérir pour soi, avoir un patrimoine ou tout au moins l'aptitude à en posséder un. A l'appui de cette thèse M. Hase cite divers textes de Gaius, les § 87 et 96 du Liv. II des commentaires (1).

De même pour M. Gide (2), la *manus* serait un droit à part, tout différent dans son essence même de la puissance domestique, de la *potestas*. « Cette diffé- « rence, écrit-il, consiste, si je ne m'abuse, en ce que la « *potestas* a pour objet la personne même de l'enfant « ou de l'esclave, au lieu que la *manus*, tout comme la « tutelle, ne confère par elle-même aucun droit sur la

(1) Gaius, C. II, § 87 : *Igitur quod liberi nostri quos in potestate habemus, item quod servi nostri mancipio accipiunt, vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex alia qualibet causa adquirunt, id nobis adquiritur : ipse enim qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest.*

C. II, § 96. *In summa sciendum est, iis qui in potestate, manu mancipiove sunt, nihil in jure cedi posse ; cum enim istarum personarum nihil suum esse possit, conveniens est scilicèt ut nihil suum esse in jure vindicare possint.*

(2) Gide. *Etude sur la condition privée de la femme*, p. 119.

« personne de la femme et ne s'exerce que sur ses « biens. »

Examinons ces systèmes et tout d'abord celui du savant français. Il suffit, pour en obtenir la réfutation, de considérer les conséquences auxquelles il aboutit. M. Gide est d'accord avec nous sur ce qu'il appelle les effets négatifs de la *manus*. « La femme cesse, dit-il « p. 118, d'être *filia familias* de son père. Celui-ci perd « tout pouvoir sur elle, ses tuteurs perdent tous droits « à sa tutelle et à sa succession ». La conséquence logique et fatale de son système serait l'émancipation complète de la femme par le mariage avec *manus*. En effet si la femme se marie sans *manus*, le père conserve sur elle la *potestas ;* si elle se marie avec *manus* le père perd tout droit sur la personne de la femme. Or, si le mari n'en acquiert aucun, la femme va se trouver émancipée de toute puissance, libre et indépendante. Cette conclusion absolument contraire aux textes et à l'esprit de l'institution que nous étudions et à laquelle cependant aboutit nécessairement la thèse de M. Gide, en est la condamnation absolue.

Aussi ne la présente-t-il qu'avec des restrictions qui en atténuent singulièrement la portée. Ce ne serait « que dans la dernière forme qu'elle a revêtue » que la *manus* constituerait un droit à part différent de la *potestas*. Nous ne sommes pas loin d'être d'accord. Dans la période qui a précédé sa disparition, la *manus* ne confère plus au mari sur l'épouse que des droits très restreints. Mais il faut reconnaître qu'à ce moment la *potestas* elle-même, autrefois absolue, a perdu les plus rigoureux de ses attributs. Alors la *manus* ne confère qu'une ombre d'autorité ; mais la *potestas* elle-même n'est plus que l'apparence de la primitive puissance domestique. La décadence qui

les atteint en même temps prouve bien que toutes deux constituaient un pouvoir restreignant la liberté de ceux sur qui elles s'exerçaient, et ces pouvoirs sont allés en diminuant sous les efforts constants d'une civilisation qui marchait à l'émancipation commune des hommes et des femmes.

M. Hase est plus résolu ; il soutient l'exactitude de son opinion même pour l'époque où l'institution de la *manus*, en pleine prospérité, était appliquée dans toute sa rigueur. Son argumentation ne saurait prévaloir.

Le fondement même de son système est inexact. En effet, de ce que dans certaines expressions le mot « *jus* » semble éveiller l'idée d'intérêts pécuniaires, il ne s'ensuit pas que l'on doive toujours et surtout dans l'expression « *alieni juris esse* » lui attribuer le même sens. Le mot « *jus* » dérive de « *jubere* »,« *jussum* » ; il implique avant tout une idée d'autorité, de commandement, d'ordre. De là le droit, qui n'est qu'un ensemble de commandements, d'ordres. C'est dans ce sens que l'on doit interpréter les locutions citées par Hase ; *succedère in universum jus defuncti*, c'est avoir tous les droits du défunt, pouvoir disposer de tout ce qui constitue son patrimoine, avoir la puissance la plus absolue sur ce qui compose ses biens. Il faut par suite admettre que l'expression *alieni juris esse* implique une idée d'assujettissement au pouvoir, à l'autorité, au droit de commander de celui qui exerce la *potestas*, la *manus*, ou le *mancipium*.

Parmi les personnes, les unes sont absolument indépendantes, *sui juris*, les autres sont soumises à ces puissances diverses : ce sont les esclaves, les enfants, les femmes, les personnes *in mancipio*. Les termes divers qui désignent les pouvoirs auxquels sont soumis les personnes *alieni juris* indiquent, moins des situations

différentes, que les origines distinctes d'une situation identique pour tous. La femme *in manu* est *loco filiæ*; c'est *la patria potestas* transmise au mari ; l'individu *in mancipio* est *loco servi*, c'est la *dominica potestas* créée au profit d'un autre. Il est incontestable qu'aux origines de Rome chacun se tenait courbé dans une égale sujétion devant la toute puissance du père de famille. Entre les situations de ces personnes soumises à son autorité sous des titres divers il n'y avait point de distinction à faire (1).

La place que dans tous les textes la *manus* occupe entre la *potestas* et le *mancipium* vient encore à l'appui de notre opinion. Il n'est contesté par personne que la *potestas* et le *mancipium* entraînaient à la fois un pouvoir sur la personne et un droit sur les biens de celui qui y était soumis. Le *mancipium* était une sorte d'esclavage, *imaginaria servitus ;* l'homme libre tombé *in mancipio* était *servi loco*. Ciceron, dans son plaidoyer *pro Cæcina* met sur la même ligne le fils de famille vendu par son père et le citoyen vendu par le peuple pour s'être soustrait au service militaire ou au *cens*. Or, ce dernier était bien réellement esclave. L'individu *in mancipio* perdait sa qualité de citoyen pendant la durée du *mancipium* et cette importante différence avec le fils de famille

(1) Gide. *Etude sur la condition privée de la femme*, p. 23. Note 3. Chez les Grecs un même mot « *kyrios* » désigne le droit du mari sur la femme, du père sur les enfants et du maître sur les esclaves.

Edouard Laboulaye. *Recherches sur la condition civile des femmes*. Page 14, note 3. *Potestatis, verbo plura significantur : in personâ servi, dominium*. L. 215. D. Liv. L. tit. XVI. Paul. Au temps de Paul les acceptions du mot « *potestas* » sont divisées comme est cette puissance même ; mais il est évident qu'à l'origine un mot unique a désigné une puissance unique et qui s'exerçait indifféremment sur la famille et sur l'esclave.

montre bien qu'il se trouvait dans une dépendance plus étroite quant à la personne. Du reste il ne devient *sui juris* que par un affranchissement fait dans les formes ordinaires, c'est-à-dire, *vindicta*, *censu* ou *testamento* (1), et cet affranchissement fait du *manumissor* une sorte de patron.

Des trois termes de la division des personnes *alieni juris*, deux, la *potestas* et le *mancipium*, comportent un droit rigoureux sur la personne ; il est difficile de ne pas reconnaître à la *manus* le même caractère, alors que dans tous les textes elle se trouve placée entre ces deux pouvoirs (2). Il semble bien que les jurisconsultes ont voulu manifester par là l'identité de sa nature avec celle de la *potestas* et du *mancipium*.

Cet ordre, suivi par tous les auteurs dans l'énumération des pouvoirs qui constituent *alieni juris* ceux qui y sont soumis, a amené Gaius, dans ses commentaires, à traiter de la *manus* après la *potestas* et avant le *mancipium*. Certainement Gaius n'aurait pas étudié la *manus* entre les règles de l'adoption de celles du *mancipium*, si sa constitution n'avait pas modifié d'une manière sensible la situation juridique de la personne même de la femme.

C'est cependant dans un passage de Gaius (Comment. II, 89 et 90) que l'on a cru trouver un argument irrésistible en faveur de la théorie qui nie à la *manus* tout effet sur la personne de la femme et ne la considère que comme un régime matrimonial de biens (3). « *non*

(1) Gaius, I, 138. *Hi qui in causa mancipii sunt, quia servorum loco habentur, vindicta, censu, testamento manumissi sui juris fiunt.*

(2) Servius. Ad. Æneid. IV, 103. *Coemptione facta, mulier in potestatem viri cedit, atque ita sustinet conditionem liberæ servitutis.*

(3) En ce sens M. Laboulaye, op. cit., p. 31.

solum autem proprietas, per eos quos in potestate habemus, adquiritur nobis, sed etiam possessio : cujus enim rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere videmur : unde etiam per eos usucapio procedit. Per eas vero personas quas in manu mancipiove habemus, proprietas quidem adquiritur nobis ex omnibus causis, sicut per eos qui in potestate nostra sunt : an autem possessio adquiratur quæri solet, quia ipsas non possidemus. » *La potestas* frappant la personne même du fils ou de l'esclave, tout ce qu'ils possèdent *corpore* est par cela même au pouvoir, en la possession, du père et du maître. La *manus* au contraire ne donnant aucun pouvoir sur la personne de la femme ne peut faire acquérir que les biens dont elle a la propriété, mais non ceux dont elle n'a que la possession : *quia ipsam non possidemus.*

Cet argument de texte aurait une certaine portée si les jurisconsultes romains avaient été unanimes à admettre que le père avait un droit de possession sur ses enfants. Mais il est loin d'en être ainsi. Paul, l. 1, § 8, Dig. XLI, 2, non moins formel que Gaius indique que le fils n'était point pour le père un objet de possession. « *Per eum in quo usumfructum habemus possidere possumus,* « *sicut ex operis suis adquirere nobis solet : nec ad rem per-* « *tinet, quod ipsum non possidemus : nam nec filium.* » Il y avait donc controverse sur ce point et la différence signalée par Gaius entre la femme *in manu* et la fille n'existait qu'aux yeux de certains jurisconsultes. Si l'on observe de plus qu'à l'époque de Gaius, la *manus* avait presque totalement perdu sa rigueur primitive et ne donnait au mari que des droits assez vagues et mal définis, on reconnaîtra que l'argument se trouve sans valeur.

De ce que Gaius avait sur la possession, l'opinion par-

ticulière que nous venons d'examiner, il ne s'ensuit pas que ce jurisconsulte déniat d'une façon générale au mari un pouvoir sur la personne de sa femme. Le § 119 du commentaire III de ses *institutes* indique que l'action *furti* appartient seulement au mari qui avait *in manu* l'épouse qu'on lui ravissait. Le mariage avec *manus* lui conférait donc une sorte de propriété sur la personne de sa femme. On peut, il est vrai, répondre que l'action *furti* n'implique pas nécessairement un droit du mari sur la personne de la femme, puisqu'il suffit pour donner lieu à cette action qu'un intérêt pécuniaire soit lésé. Or l'enlèvement de l'épouse non *in manu* ne froissait aucun des intérêts pécuniaires de l'époux. On peut donc s'expliquer, sans avoir à faire intervenir l'idée d'une puissance sur la personne, que dans ce cas le mari n'ait pas d'action *furti*.

Mais en ce qui concerne l'action d'injures, Gaius nous offre l'appui d'un texte beaucoup plus décisif. *Pati autem injuriam videmur non solum per nos metipsos sed et per liberos nostros quos in potestate habemus ; item per uxores nostras quæ in manu nostra sint.* Comment. III, § 221. Il semble bien que Gaius met sur la même ligne les fils ou filles de famille en puissance paternelle et les épouses *in manu*. Il donne l'action d'injure en se basant sur un même motif la « *potestas* » auquel les uns et les autres sont soumis. Ce texte demeure inexplicable si l'on ne veut admettre que la *manus* a pour effet de soumettre la personne de l'épouse au pouvoir de l'époux, de les lier intimement l'un à l'autre de telle façon que toute atteinte à la personnalité de la femme devenait une atteinte à l'honneur du mari.

Pour détruire l'importance du texte, les partisans du système que nous combattons ont adopté avec M. Lach-

mann une leçon diamétralement opposée ; ils lisent : *pati autem... quamvis in manu non sint*. Le motif donné pour préférer cette version, que la *manus* n'était presque plus en usage à l'époque de Gaius, ne saurait nous arrêter. Si la *manus* ne devait être d'aucune considération pour l'action d'injures, Gaius n'avait qu'à ne pas en parler et à terminer sa phrase après *item per uxores nostras*. Justinien, pour lequel la *manus*, disparue depuis quelque temps déjà, était une institution ignorée, n'en fait pas mention. On pourrait même dire, en admettant l'exactitude de la version de Lachmann, que le fait de souligner la faculté pour le mari d'agir du chef de sa femme par l'action d'injures « *quamvis in manu non sit* » démontrerait que c'était là un fait nouveau et anormal sur lequel le jurisconsulte appelle l'attention. Cette indication aurait été nécessaire parce que antérieurement la *manus* était indispensable au mari pour avoir l'action d'injures du chef de sa femme. Sans entrer dans des discussions hypothétiques, il vaut mieux reconnaître que rien ne justifie la version de Lachmann et qu'elle doit être rejetée ensuite de la révision si exacte faite par M. Studemund qui donne pour certain le texte par nous adopté.

La loi 1, § 3 au Digeste, XLVII, 10, qui traite des actions d'injures données d'une façon indirecte, ne contredit en rien le texte de Gaius. Le mot *affectui* a été interpolé par les auteurs du Digeste et remplace l'expression *manui* qui devait s'y trouver. (1).

Il faut cependant reconnaître que la fin du texte de Gaius paraît en contradiction avec son commencement

(1) Ulpien, l. I, § 3 Dig. XLVII, X. *Item aut per semetipsum alicui fit injuria, aut per alias personas ; per semet, cum directo ipsi cui patrifamilias vel matrifamilias fit injuria ; per alias, cum per consequen-*

et fournit un argument sérieux à opposer à celui que nous en avons tiré. Le § 221 se continue en ces termes : *Itaque si filiæ meæ quæ Titio nupta est injuriam feceris non solum filiæ nomine tecum agi injuriarum potest verum etiam meo quoque et Titii nomine.* Le père de l'épouse a une triple action : il peut agir en son nom, au nom de sa fille et même au nom du mari. Comment expliquer ce droit du père si par la *manus*, il s'est dessaisi de tout pouvoir sur sa fille.

Il y a là évidemment un état de choses nouveau et il manque une phrase au milieu du paragraphe. Cette conjecture est d'autant plus acceptable qu'à cette page dans la palimpseste, d'après MM. Pellat et Dubois, les fautes fourmillent. Le texte correspondant des *Institutes* de Justinien rend vraisemblable cette supposition. Les droits de la femme se sont développés : on s'ingénie à la protéger et à la défendre. L'injure n'atteignait d'abord que la personne qui en était victime et celui sous la puissance duquel elle se trouvait ; puis, quoique l'épouse ait échappé à la puissance du mari, que la *manus* ait disparu, on lui maintient la protection du mari et on admet que celui-ci conserve l'action d'injures ; *item per uxorem suam, id enim magis prævaluit* disent les *Institutes*. La *manus* aurait donc été nécessaire pour permettre au mari d'agir contre l'auteur de l'injure faite à sa femme ; plus tard la qualité d'épouse a suffi et alors l'injure a donné lieu à la triple action dont parle la fin du § 221.

tias fit ; cum fit liberis meis, vel servis meis, vel uxori, nuruive ; spectat enim ad nos injuria, quæ in his fit, qui vel potestati nostræ, vel affectui subjecti sint.

Just. Inst. l. IV, tit. IV, § 2. *Patitur autem quis injuriam non solum per semetipsum, sed etiam per liberos suos quos in potestate habet ; item per uxorem suam, id enim magis prævaluit.*

Il fallait nécessairement que l'époux eût un pouvoir absolu sur la personne de sa femme *in manu* pour que l'on eût songé à employer cette institution à l'effet de reconstituer la puissance paternelle lorsque la femme *sui juris* voulait dans son intérêt se soustraire à la tutelle de ses agnats. A ce point de vue, la *coemptio* fiduciaire est la manifestation de l'exactitude de notre théorie. Elle implique forcément que la *manus*, dans le principe tout au moins, comportait pour le mari sur sa femme une puissance identique à celle du père sur sa fille.

Enfin, tout ce que nous avons dit déjà des origines de la *manus* vient offrir un argument puissant à la thèse que nous soutenons. Toujours et partout, la capacité des femmes a été commandée par leur condition domestique. Il faut tenir compte de l'organisation de la famille si l'on veut pouvoir interpréter exactement les lois qui la régissent quant à sa personne et quant à ses biens. Or, nulle part la famille, n'a été organisée aussi rigoureusement qu'à Rome. Elle se résume tout entière dans son chef; le *pater familias*; seul indépendant, *sui juris*, il est seul le maître. *Pater familias appelatur, qui in domo dominium habet,* dit Ulpien 4.195 Dig. L. IV 1. § 2. Comment admettre que la personne de la femme échappe à sa domination. La *manus* la faisait entrer dans une famille dont son époux était le chef unique et incontesté; elle devait se courber sous sa *potestas* au même titre que toutes les personnes qui en faisaient partie. Ce ne sont pas uniquement ses biens qui deviennent la propriété du mari, c'est aussi sa personne (1).

(1) Si l'on admet que la *manus* est une simple association de biens, il est impossible d'expliquer les droits successoraux qui nais-

Quelle importance du reste les biens pouvaient-ils avoir à l'époque primitive où la *manus* fut créée, alors surtout que les femmes se mariaient fort jeunes. Le plus souvent elles ne possédaient rien et n'apportaient au mari que des espérances et l'expectative douteuse des biens qu'elles pouvaient, par la suite, acquérir.

Il en est tellement ainsi que dans les formes d'établissement de la *manus*, on ne paraît pas s'être préoccupé du règlement d'intérêts pécuniaires. Le caractère religieux de la *confarreatio* répugne surtout à toute idée semblable. Comment supposer que l'admission de la femme au culte sacré de la famille n'ait été qu'un moyen de faire mainmise sur sa fortune et que les formalités les plus solennelles, en présence des ancêtres vénérés, n'aient eu d'autre but que l'acquisition de droits purement pécuniaires. La *confarreatio* visait autre chose ; les intérêts moraux des époux, leurs rapports personnels avaient une autre importance aux yeux des premiers Romains. Si ce n'est pas les biens de la femme, mais sa personne même et la situation qu'elle doit avoir dans sa nouvelle famille que règle la *confarreatio*, il doit en être de même de la *coemptio* et de *l'usus* qui produisent la *manus* avec des effets identiques.

La *coemptio* du reste dérive de l'achat primitif de la personne de la femme. Ce ne sont pas ses biens qu'achète le mari. C'est elle-même qui se vend ou est vendue. Et il en est tellement ainsi que pour régler les

sent entre la femme et des tiers. Une sorte de cession de biens peut bien avoir pour conséquence de rendre les agnats du mari héritiers des biens de la femme qui, par la *manus*, sont entrés dans le patrimoine du mari ; mais on ne peut dire que ce régime de communauté universelle ait pu créer, au profit de la femme, un droit à la succession des agnats du mari.

intérêts pécuniaires, des pactes interviennent à côté de la *coemptio*, qui, à la différence de la *confarreatio*, se prête à des stipulations de ce genre.

C'était également la personne de la femme que visait *l'usus* : c'était son corps qu'elle devait soustraire à *l'usucapio* par *l'usurpatio trinoctii*.

Le caractère de la *manus* et les formes qui la créent révèlent donc, avec une netteté qui détruit tous arguments contraires, la nature vraie de cette institution et la double série de ses effets, les uns relatifs à la personne de la femme, les autres relatifs à ses biens. La *manus* n'est donc pas un régime nuptial d'une espèce spéciale, établissant une sorte de communauté universelle entre les époux. C'est un mariage d'une nature et d'une rigueur particulière dont l'essence consiste à donner au mari un droit absolu sur la personne de sa femme et par voie de conséquence la propriété pleine et entière de ses biens.

SECTION I

Effets de la « Manus » quant à la personne de la Femme.

Nous avons établi, croyons-nous, que la *manus* donnait au mari une certaine autorité sur la personne de la femme. Il nous reste à examiner quelle est l'étendue de cette autorité, quels sont les différents pouvoirs existant au profit du mari sur la personne de la femme *in manu*. A l'occasion de chacun de ces points de détail, nous allons retrouver les adversaires que nous avons

combattus d'une manière générale sur le principe même de l'autorité. Après avoir voulu établir que la *manus* n'apporte aucune modification aux rapports personnels des époux, ils essayent, en prenant séparément chacun des effets qui découlent de la *potestas*, de démontrer qu'aucun d'eux ne saurait dériver de la *manus*.

Les textes nombreux de Gaius et d'Ulpien (1) paraissent cependant fort explicites : la femme *in manu* est *loco filiæ*. Cette formule leur paraît si claire, si contraire à toute distinction ou restriction, qu'ils ne songent à l'étayer d'aucune explication, à la compléter par aucun commentaire. Il semble bien que la *manus* est identique à la puissance paternelle. La fille devenue épouse *in manu* ne déchoit pas de sa condition primitive; elle n'améliore pas non plus sa situation. Elle reste ce qu'elle était. Elle était sous la puissance de son père, elle passe sous la puissance du mari. Les deux pouvoirs sont identiques. Le mari est au lieu et place du père. Elle a changé de maître, mais non de condition.

Dans l'opinion contraire, c'est seulement au point de vue des rapports pécuniaires que la femme *in manu* est à la lettre *loco filiæ* et par cette expression on a voulu marquer la similitude existant entre la fille et la femme *in manu* au point de vue des biens. Pour démontrer combien notre interprétation est abusive, on cite les expressions analogues qu'emploie Gaius en parlant du *mancipium*. Ce jurisconsulte indique à plusieurs reprises que l'individu *in mancipio* est *loco scrvi*. Or, la condition de l'homme *in mancipio* était loin d'être identique à

(1) Gaius. Comment. I, § 111, 114, 115 bis.; II, § 118, 136, 139, 159; III, § 3.
Ulpien, Reg. XXII, 14.

celle de l'esclave. (Gaius I, 141. Paul Sent. v. 1.) Gaius n'a donc entendu signaler par là qu'une certaine ressemblance entre les deux conditions. Pourquoi en serait-il autrement lorsqu'il parle de la *manus* (1) ?

Cette argumentation qui paraît logique ne peut, cependant, arriver à démontrer que notre opinion soit inexacte. Pour y répondre victorieusement, il suffit de ne pas prendre les textes isolément. Nous avons démontré par d'autres arguments sur lesquels nous n'avons plus à revenir, que la *manus* modifiait nécessairement les rapports personnels des époux entre eux. C'est là un point établi. Il nous reste à savoir de quelle manière et dans quelle mesure.

A cela, les textes de Gaius et d'Ulpien répondent : la femme devient la fille de son époux. Ils ne précisent pas autrement et, au cours de ses *Commentaires*, Gaius ne signale qu'une différence parfaitement explicable entre la femme *in manu* et la *filiafamilias* (Gaius, Com. I, 137, *in fine*). Dans l'ensemble des textes que nous possédons sur le droit romain, il n'en est point qui vienne contredire leur affirmation. Sachant donc que la *manus* modifie les relations personnelles des époux, nous devons conclure des textes de Gaius et d'Ulpien, lorsque nous nous demandons en quoi consiste cette modification, que la femme a, dans sa nouvelle

(1) Gide. Op. cit. p. 133, nº 1.

Gaius, I, 141 : *In summa admonendi sumus, adversus eos quos in mancipio habemus, nihil nobis contumeliose facere licere ; alioquin injuriarum actione tenebimur. Ac ne diu quidem in eo jure detinentur homines, sed plerumque hoc fit dicis gratia uno momento, nisi scilicet ex noxali causa manciparentur.*

Paul, V. I *Qui contemplatione extremæ necessitatis aut alimentorum gratia filios suos vendiderint, statui ingenuitatis eorum non præjudicant.*

famille, la même situation au point de vue et de sa personne et de ses biens que si elle était la fille de son mari.

Cependant, objecte M. Gide (*op. cit.*, p. 120) : « le « père peut vendre son esclave ou son fils, ou, s'ils ont « commis quelque dommage, les livrer en guise « d'indemnité à la personne qu'ils ont lésée. Mais la « femme *in manu* ne peut être vendue ni cédée en « réparation de dommages ni donnée en adoption ; « le mari peut seulement lui donner un tuteur, car la « tutelle, comme la *manus*, n'a que les biens de la « femme pour objet (1) ».

La femme *in manu* ne peut être vendue par son mari. Cette affirmation que rien ne vient appuyer est formellement contredite par les § 117 et 118 du Livre Ier des *Commentaires* de Gaius : « *Omnes igitur liberorum personæ, sive masculini, sive femini sexus, quæ in potestate parentis sunt, mancipari ab hoc eodem modo possunt quo etiam servi mancipari possunt. Idem juris est in earum personis quæ in manu sunt ; nam feminæ a coemptionatoribus eodem modo possunt mancipari quo liberi a parente mancipantur...* Si les derniers mots de cette phrase n'ont pu être encore rétablis, le sens général ne peut faire l'objet d'un doute. Gains indique nettement que le mari peut manciper sa femme *in manu*, de même que le père mancipe son fils *in potestate*.

(1) D'autre part, dans le même ouvrage, M. Gide écrit à la page 24 : « En vendant sa fille, le père transférait au mari tous « les droits qu'il avait sur elle ; le mari pouvait donc la vendre à « son tour... Mais il convient d'ajouter que dès leur entrée dans la « vie civilisée, on voit tous les peuples répudier cet usage barbare. « Manon l'abolit dans l'Inde, Moïse en Palestine, Romulus en « Italie ».

Gaius, il est vrai, ajoute (§ 118ª) : *Plerumque solum et a parentibus et a coemptionatoribus mancipantur cum velint parentes coemptionatoresque e suo jure eas dimittere.* La mancipation était le plus souvent employée vis-à-vis de la femme *in manu* pour la libérer de cette puissance. Mais le texte établit aussi que la vente des enfants n'était qu'un moyen pour arriver à l'émancipation. On n'a, cependant, jamais contesté que le père ait eu le droit de vendre et de céder *noxali causa* ses enfants.

Le jurisconsulte romain indique ce qui se passe à son époque : le *mancipium* a dégénéré de sa rigueur primitive; il n'est plus qu'un moyen, qu'une forme. Mais si dans le principe il consistait en une vente réelle, sérieuse, et c'est là un point universellement admis, rien ne permet de dire qu'il n'eût pas des effets identiques pour les enfants et les femmes *in manu*.

Du reste, Gaius paraît indiquer que, même à son époque, cette vente était parfois sérieuse. Le plus souvent, dit-il, la mancipation n'a pour but que de libérer la femme de la *manus*. C'est donc reconnaître que quelquefois il en était autrement et que le mari pouvait en réalité soumettre sa femme à un *mancipium* sérieux. S'il en est ainsi, et il nous semble que le texte de Gaius permet de l'affirmer, il est inexact de dire que le mari ne peut vendre sa femme ou l'abandonner en réparation d'un préjudice par elle causé.

Mais, dit-on, le délit de la femme ne donne lieu à aucune action noxale contre le mari. La révision si fructueuse des textes faite par M. Studemund a fait disparaître cette objection qui reposait sur un passage douteux de Gaius (Com. IV, § 80). Le texte de ce jurisconsulte a été rétabli en ces termes par M. Studemund : *Quod vero ad eas personas quæ in manu mancipiove sunt,*

ita jus dicitur, ut, cum ex contractu earum ageretur nisi ab eo cujus juri subjectæ sunt in solidum defendantur, bona quæ earum futura forent, si ejus juri subjectæ non essent, veneant ».

Gaius prévoit donc uniquement le cas d'un contrat passé par une personne *in manu* ou *in mancipio* et il indique que le préteur accordait la rescision de la *capitis deminutio* en faveur de ce créancier, tout comme si son titre eut été antérieur à la constitution de la *manus* ou du *mancipium*.

On ne saurait tirer de ce texte aucun argument en ce qui concerne l'action noxale.

Avant la révision de M. Studemund, divers auteurs adoptaient, avec M. Lachmann, une autre version. A la suite du mot *contractu*, ils intercalaient « *aut ex maleficio* » et lisaient : *Quod vero ad eas personas quæ in manu mancipiove sunt quotiens aut ex contractu, aut ex maleficio earum ageretur, nisi..... in solidum defendantur..... etc.*

Ce texte réglait alors la double hypothèse d'un contrat et d'un délit et permettait de dire que le délit commis par les personnes soumises à la *manus* ou au *mancipium* ne donnait lieu à aucune action noxale contre le mari ou le maître. Ainsi concluait M. Hase, p. 78 : *Nulla igitur noxæ deditio, nulla ne earum quidem actionum quas nunc nomine actionum adjectitiæ qualitatis complecti solemus ; etenim has omnes excludi, tunc ipsa res tunc particula « vero » alterum alteri opponere satis aperte demonstrat.*

La correction du texte faite par M. Studemund appelle le résultat contraire.

La femme *in manu* peut-elle être donnée en adoption par son mari ? La *manus* conférant d'après nous la puissance paternelle, l'époux pourra, comme le père, donner sa femme en adoption, c'est-à-dire céder à autrui la puissance paternelle dont il est nanti.

Dans le système opposé, on fait application de la règle « *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet.* » Le mari n'ayant que la *manus* et non la *potestas* ne peut transférer à un tiers la puissance paternelle qu'il n'a pas (1). Le père seul peut donner ses enfants en adoption, puisque, d'après Gaius (I. 134.), le fils deux fois mancipé par le père devait lui être remancipé afin que le citoyen dont on voulait faire le père adoptif le revendiquât entre ses mains.

Il est facile de répondre à cette argumentation. On a d'abord le tort de poser en principe la proposition même qu'il s'agit de démontrer. On suppose en effet que la *manus* est absolument différente de la *patria potestas*. Ensuite, tout en reconnaissant que « *lacunosa verba Gaii sunt* », on omet la partie du texte relative à un deuxième procédé d'adoption qui figure dans l'*Apographum* de M. Studemund et dont l'exactitude ne saurait aujourd'hui faire question. Gaius, en effet, indique un deuxième procédé pour créer la puissance paternelle au profit de l'adoptant. Une fois les trois mancipations accomplies l'enfant pouvait être cédé en adoption par celui-là même qui l'avait *in mancipio* : « *Deinde aut patri remancipatur et ab eo is qui adoptat vindicante prætore vindicanti filius addicitur ; aut non remancipatur patri sed ab eo vindicat, is qui adoptat apud quem in tertia mancipatione est.* »

On peut donc conclure que la puissance paternelle ayant, par l'effet de la *manus*, été transmise au mari, rien ne s'opposait à ce que celui-ci établit au profit d'un tiers une paternité adoptive, en supposant que la femme y consentit, lorsque la jurisprudence eût fait admettre que

(1) Hase, *op. cit.* p. 113.

les enfants ne pourraient être donnés en adoption malgré eux (l. l. 5 et 42, D. 1. 7.)

Les enfants ne pouvaient contraindre leur père à abandonner la puissance qu'il avait sur eux. Sa volonté était un obstacle absolu opposé à leur émancipation. Il n'en aurait pas été de même de la femme *in manu*. Elle pouvait en divorçant obliger son mari à dissoudre la puissance résultant de la *conventio in manum*. La fin du § 137 du livre I des commentaires de Gaius paraît formelle à ce sujet : « *Sed filia quidem nullo modo patrem potest cogere, etiamsi adoptiva sit : hæc autem, repudio misso, virum proinde compellere potest, atque si ei nunquam nupta fuisset.* »

Ce texte est loin d'être aussi probant qu'on veut bien le dire.

Il est tout d'abord permis de se demander, en maintenant au mot *repudium* son sens exact et rigoureux, si l'hypothèse prévue n'est pas celle d'un divorce provoqué par le mari. Ce serait donc celui-ci qui aurait, par sa seule et propre volonté, rompu les liens du mariage, en signifiant le *repudium* à sa femme. Le législateur n'aurait pas voulu que le mari pût garder la *manus* sur la femme qu'il répudiait.

Quoiqu'acceptable, cette interprétation du § 137 ne nous paraît pas exacte. A l'époque de Gaius le mot « *repudium* » désignait tout aussi bien le divorce provoqué par la femme que celui provoqué par le mari. Du reste le sens général de la phrase paraît bien indiquer qu'il s'agit d'un *repudium* signifié par la femme.

Il faut donc admettre, qu'à l'époque de Gaius, la femme *in manu* peut divorcer à son gré et, comme conséquence de son divorce, obliger son mari à la libérer de sa puissance. Mais, à ce moment, la *manus* est entrée dans la période de décadence et, avec les lois caducaires,

le divorce est devenu d'ordre public. Il avait donc fallu accorder aux épouses *in manu*, qui, sans contredit, étaient les plus dignes de la protection du législateur, la faculté de répudiation accordée aux femmes restées en dehors de cette puissance. On devait, comme conséquence, leur permettre d'obliger le mari, qui par sa faute avait nécessité le divorce, à se dessaisir des droits résultant pour lui de la *manus*.

La faculté, pour la femme *in manu*, de divorcer et d'obliger son mari à l'émanciper de cette puissance, aurait donc été le résultat de l'altération de l'ancien droit, une atteinte portée par le temps à la toute puissance du *paterfamilias*. Au moment où Gaius écrit, non seulement les mœurs, mais encore des lois, ont modifié le régime de la *manus*. Il prend soin de nous en aviser lui-même : *Hoc totum jus partim legibus sublatum est, partim desuetudine obliteratum est*. C'est donc un droit nouveau que reflèterait le texte dont s'agit.

M. Esmein (1) apporte à l'appui de cette hypothèse un exemple absolument convaincant : « Lorsque nous « lisons dans un texte, dit-il, que l'esclave peut avoir « une action contre son maître pour le forcer à l'affran- « chir, alors même que nous ne connaîtrions pas l'his- « toire des *fideicommis*, ne serions-nous pas en droit « d'affirmer que c'est là une règle nouvelle incompa- « tible avec l'esprit et la rigueur de l'ancienne légis- « lation. Il en est de même du droit que Gaius recon- « nait à la femme *in manu*. »

Il nous reste à examiner si le mari possédait sur

(1) M. Esmein. La *manus*, la paternité et le divorce dans l'ancien droit Romain. *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, tome VII, 1883.

sa femme *in manu* le *jus vitæ necisque* qu'avait le père sur ses enfants.

Ce droit du père que l'on ne saurait contester (Denys d'Halicarnasse. Ant. Rom. IL. 26. — Papinien. Collec. leg. mos. et rom. IV. 8.) n'a jamais existé qu'avec certaines restrictions. Ces restrictions proviennent non pas des lois, mais des mœurs. Le blâme si puissant de l'opinion publique et surtout celui des censeurs suffisaient pour empêcher tout abus d'autorité de la part du père. Aussi, le *paterfamilias* ne prononçait-il jamais une peine grave contre ses enfants sans être assisté d'un conseil de famille composé de parents et d'amis, dont il prenait l'avis.

Ce tribunal de famille, dont les historiens nous révèlent l'existence, paraît avoir joué un rôle important dans la société romaine. C'était un devoir rigoureux pour le père, même au temps où la puissance paternelle existait dans toute sa rigueur, de n'exercer le *jus vitæ necisque* qu'après avoir obtenu l'approbation de ce tribunal domestique et l'on cite (1) sous le IV^me^ consulat de Marius, vers l'an 102 avant J.-C., un père condamné pour avoir tué son fils sans prendre l'avis du conseil de famille. Si l'on voit dans l'histoire de Rome, des enfants punis de mort par leur père jugeant seul, c'est que celui-ci agissait en vertu de fonctions l'y autorisant. C'était le magistrat et non le père qui punissait. Brutus, par exemple, était consul, Manlius Torquatus était général.

Si la *manus* donne au mari sur sa femme un pouvoir identique à la *patria potestas*, il doit avoir sur elle le droit de vie et de mort dans les mêmes conditions que le père.

(1) Paul Orose. V. 16.

En dehors des déductions que l'on peut tirer des considérations par nous déjà produites, certains textes permettent d'établir l'exactitude de cette proposition. Tite Live, dans son récit des Bacchanales, XXXIX, 18, montre les maris exerçant sur leurs épouses *in manu* un droit de juridiction souveraine : *mulieres damnatas cognatis aut quorum in manu essent tradebant ut ipsi in privato animadverterent in eas.* — Aulu-Gelle (Nuits Attiques XIII, 10) reproduit un passage de Caton encore plus explicite : *vir cum divortium facit mulieri, judex pro censore est ; imperium quod videtur habet ; si quid perverse tetreque factum est a muliere mulctatur ; si vinum bibit, si cum alieno viro probri quid fecerit, condemnatur.*

Des expressions employées par ces auteurs, on a voulu conclure que le mari jugeait seul les fautes graves commises par son épouse. C'est lui donner une puissance supérieure à celle du père lui-même. Si celui-ci ne pouvait statuer sans prendre l'avis du tribunal domestique, nous ne voyons aucune raison qui permette de dire que le mari était dispensé d'une semblable obligation. Le langage de Tive-Live et d'Aulu-Gelle s'explique par ce fait que le mari convoquait, présidait le tribunal domestique et faisait ensuite exécuter la sentence.

Du reste, le témoignage d'autres auteurs enlève tout doute à cet égard. Suivant Denys d'Halicarnasse, le mari fut appelé par Romulus à juger, avec les parents de la femme, les fautes graves qu'elle pouvait avoir commises : « Ταῦτα δὲ οἱ συγγένεις μετὰ τοῦ ἄνδρος ἐδίκαζον et, parmi ces fautes, il cite le cas signalé par Caton, *si vinum bibit*, εἴ τις οἶνον εὑρεθείη πιοῦσα γύνη. Le témoignage de Denys d'Halicarnasse est d'autant plus probant que pour lui le mariage produit toujours la *manus*.

Sauf le cas de flagrant délit d'adultère, le mari ne pouvait infliger à sa femme une peine quelconque sans l'assistance de ce tribunal domestique. Caton lui-même l'indique « *ne adulterio uxorem tuam si deprehendisses sine judicio impune necares.* » Valère Maxime nous raconte (Liv. II, chap. 4, § 2) que deux censeurs Valerius Maximus et Junius Bulbucus chassèrent du Sénat Lucius Antonius, *quod quam virginem in matrimonium duxerat repudiasset, nullo amicorum in consilio adhibito.* Il n'était donc pas possible au mari d'infliger sans contrôle à sa femme le déshonneur d'une répudiation. Le tribunal de famille devait intervenir ici encore pour protéger la femme ou ratifier la condamnation (1).

Sans doute, le mari pouvait agir sans convoquer ses parents et ses amis ou malgré leur sentence ; en le faisant, il ne violait aucune loi ; mais il soulevait contre lui l'opinion publique, il s'exposait au blâme des censeurs et à une action criminelle devant le peuple, qui pouvait suppléer aux lois en vertu de sa puissance législative.

Il en fut ainsi dès les temps les plus reculés. Valère Maxime, VI, 3, nous cite l'exemple d'un citoyen Egnatius Metellus, qui, ayant surpris sa femme buvant du vin, la fit périr sous le bâton. Il avait agi sans convoquer le tribunal domestique. On le déféra au jugement de Romulus. Il convient d'ajouter que la conduite de Metellus fut approuvée comme offrant un excellent

(1) On peut considérer comme un vestige de l'ancien tribunal domestique les sept témoins dont Paul exige la présence pour rendre valable l'acte de divorce. Frag. 9, *de divortiis*. Dig. XXIV. 2. Ces témoins, en présence desquels doit être dressé l'acte de divorce, rappellent les cognats de la femme qui, réunis en conseil de famille, statuaient sur le bien ou mal fondé de la demande de l'époux.

exemple, *optimo exemplo*, et qu'il fut absous. On peut citer d'autres exemples des conditions dans lesquelles le mari exerçait le *jus vitæ necisque*. Pline, Hist. Nat. XIV, rapporte que Fabius Pictor *in annalibus suis scripsit, matronam, quam loculos, in quibus erant claves vinariæ cellæ resignavisset, a suis media mori coactum.*

Cet usage de déférer au tribunal domestique la femme coupable d'une faute grave ne disparaît pas avec la République. Tacite, dans ses annales, XIII, ch. 32, nous apprend que sous Néron, une femme, Pomponia Græcina, étant accusée d'avoir adopté des superstitions étrangères, son mari fut chargé de statuer sur son cas. « *Isque*, ajoute Tacite, *prisco instituto propinquis coram de capite famaque conjugis cognovit et insontem nuntiavit.*

Il faut reconnaître que dans ces derniers textes il n'est plus question de la *manus*. L'exemple de Tacite notamment se réfère à une période où la *manus* était tombée en désuétude.

Ce n'est pas cependant une raison suffisante pour prétendre que le droit de correction résultait pour le mari, non de la *manus*, mais du mariage lui-même. Il ne faut pas oublier que l'institution de la *manus* a été florissante à Rome pendant plusieurs siècles. Sa chute fut progressive. Elle disparut à un moment où le mariage libre, s'étant élevé au niveau du mariage avec *manus*, leur fusion complète s'accomplit. Suivant l'époque à laquelle on se place, suivant la période dans laquelle les auteurs que l'on cite ont vécu, on aura telle opinion ou telle autre. Mais il faut se garder de vouloir au moyen d'un texte plus récent détruire les affirmations de textes antérieurs absolument formels.

On aurait donc tort de se montrer exclusif, et, parce que, sous Néron, le mari, sans avoir la *manus*, avait

cependant pleine juridiction sur sa femme, on ne saurait soutenir que d'une façon générale la *manus*, par elle-même, ne conférait au mari aucune autorité sur son épouse.

A ce moment cette institution avait achevé sa carrière, son œuvre était accomplie. Les justes noces produisaient à elles seules le *consortium omnis vitæ*, la *divini atque humani juris communicationem*, que les premiers Romains n'auraient pas compris sans une cérémonie spéciale pour les faire naître, le mariage par lui-même n'étant à leurs yeux que le rapprochement de deux êtres. Le matérialisme grossier des temps primitifs s'est effacé devant la philosophie.

D'autre part, avec le temps, la puissance paternelle a perdu de sa rigueur primitive. Le mari a pu alors empiéter sur les droits que le père détenait sur sa fille mariée sans *manus*. Mais, aux premières époques de la République, la puissance paternelle était un pouvoir absolu, impartageable dans ses attributs essentiels ; le mariage libre ne portait aucune atteinte aux droits du père. Il fallait pour que celui-ci perdît ses prérogatives que le mariage fût accompagné de *conventio in manum*. Ne pouvant partager son autorité, il la perdait entièrement au profit du mari, seul arbitre dès lors des destinées de sa femme.

L'antithèse de ces deux situations démontre bien que c'est la *manus* et non le *mariage* seul qui donne à l'époux sur son épouse le *jus vitæ necisque*.

Quand ce droit s'exerçait à l'occasion de fautes graves, le mari, comme le pêre, devait, avons-nous dit, être assisté du tribunal de famille.

Qu'était ce tribunal ?

Nous ne possédons aucun document (1) précis sur ses origines, sur sa compétence et sa composition, sur les peines qu'il prononçait.

Denys d'Halicarnasse fait remonter à Romulus cette institution. Son origine paraît encore plus lointaine. Elle a dû prendre naissance à l'époque où les hommes vivant à l'état patriarcal, il ne pouvait y avoir de juridiction que dans la famille. Celle-ci constituait alors un état complet et, comme au-dessus du tribunal de famille, il n'y avait aucune puissance sociale, son autorité était absolue. Le chef de famille en était nécessairement le président tout puissant.

Il est à remarquer que cette juridiction, à la différence des magistratures qui furent organisées quand un état social plus avancé se produisit, ne fut jamais réglée par des lois. Elle tient des mœurs et des usages une autorité toute morale. Aussi n'est-ce point la parenté légale, l'agnation qui sert de règle à sa composition. C'est dans la famille naturelle seule que l'on recrutera les membres du tribunal domestique ; ce sont les cognats, les proches et parfois même des amis qui le composeront. Sa composition dépendait quelque peu de la personne appelée à le présider. Les cognats qui pouvaient y siéger étaient tout aussi bien ceux du mari que ceux de la femme jusqu'au sixième degré (2). Polybe, Hist. VI, 1, mentionne à ce sujet un usage curieux des Romains, *le jus osculi*. C'était l'obligation imposée à la femme d'embrasser sur la bouche ses parents et ceux de son mari

(1) Voir sur ce point M. de Fresquet, du tribunal de famille chez les Romains, *Revue Historique*, 1855, p. 125.

(2) Gide. Op. cit. p. 117, et les auteurs qu'il cite dans la note 1, de cette page. — Florus, L. I, ch. 26. — Salluste, Catilina 39. — Valère. V. 9, § 1.

jusqu'au sixième degré. Il y a tout lieu de croire que c'était là un moyen de mieux assurer la défense faite à la femme de boire du vin et de permettre la constatation de toute infraction par ceux qui seraient appelés à la juger.

De même que sa composition, la compétence du tribunal domestique n'était fixée par aucune règle. Il intervenait dans tous les événements importants de la famille, aux fiançailles, à la prise de robe prétexte, pour la défense des intérêts des orphelins ; mais surtout il assistait le *paterfamilias* quand il s'agissait de juger un de ses membres.

Les peines qu'il prononçait étaient arbitraires. Son pouvoir absolu n'avait d'autre correctif que l'opinion publique ou le blâme du censeur.

L'autorité du tribunal de famille disparut quand l'Etat absorba la famille, quand la poursuite d'office remplaça, dans le droit criminel, le système d'accusation individuelle.

Nous savons maintenant que la *manus* donnait au mari sur sa femme une autorité aussi rigoureuse que celle qu'avait le *paterfamilias* sur sa fille. Deux pouvoirs aussi absolus ne pouvant coexister sur la même personne, s'excluaient forcément. Lors donc que les solennités de la *manus* accompagnaient le mariage, l'autorité qu'acquérait le mari échappait au père qui ne conservait plus que le droit insignifiant de faire partie comme cognat du tribunal domestique. Il ne pouvait plus, comme lorsque la *conventio in manum* faisait défaut, briser le mariage de sa fille en l'enlevant à son mari.

Il n'y avait qu'un seul cas dans lequel le père, malgré la *manus*, conservait sa puissance dans toute sa rigueur. C'était lorsqu'il surprenait sa fille en flagrant délit

d'adultère chez lui ou chez son gendre. Il avait, en ce cas, le droit de la tuer. Coll. leg. mos. IV, chap. 2 § 2. *Secundo capite (lex Julia, de adulteriis) permittitur pater, si in filia sua, quam in potestate habet, aut in ea, quæ eo auctore, cum in potestate esset, viro in manum convenerit, adulterum domi suæ generive sui deprehenderit, isque in eam rem socerum adhibuerit, ut is pater eum adulterum sine fraude sua occidat ita, ut filiam in continenti occidat.* C'est là une exception admise comme mesure de rigueur en horreur de l'adultère. On voulait, en frappant sévèrement la femme coupable, obtenir le respect du lien conjugal. L'honneur de la famille, la majesté outragée du père, l'intérêt de la société commandaient une semblable exception en faveur du mari et même du père.

L'assimilation parfaite de la *manus* à la puissance paternelle entraîne une dernière conséquence qu'il importe de signaler. La femme devient la propriété du mari. Il devait en être ainsi surtout aux époques primitives où subsistait encore le souvenir de l'achat réel de la femme par le mari. De même que le père pouvait revendiquer la propriété de ses enfants, le mari pouvait revendiquer la propriété de sa femme et se la faire restituer en justice au cas où elle venait à lui être enlevée ou à être injustement détenue par un tiers.

Sous le système des *legis actiones*, il devait pouvoir réaliser sa revendication par les formes ordinaires du *sacramentum*.

Sous le système formulaire, plusieurs moyens étaient à sa disposition. Un texte d'Ulpien (1) nous renseigne

(1) Ulpien, liv. I, § 2. Dig. VI. I. *Per hanc autem actionem liberæ personæ, quæ sunt juris nostri, utputa liberi, qui sunt in potes-*

à ce sujet. A la vérité ce texte, tel qu'il nous a été conservé, ne fait pas mention de la femme *in manu*. Mais il suffit de le lire attentivement pour se convaincre qu'il a été modifié à la confection du Digeste et que dans le texte primitif, le jurisconsulte plaçait dans la même catégorie les femmes *in manu* et les enfants. Ce fragment d'Ulpien permet au père et, par suite, d'après nous, au mari d'intenter un *prœjudicium*, des interdits et une action *prætoria* ou *extraordinaria*. Ce dernier moyen était fort utile lorsqu'il y avait contestation entre le mari et la femme sur l'existence même de la *manus*. Dans ce cas, il ne pouvait y avoir lieu à un *prœjudicium*, puisqu'il n'y avait pas d'action proprement dite entre deux personnes dont l'une était soumise à la puissance de l'autre (1). Il eût fallu, en effet, que la femme, de même que l'individu plaidant pour sa liberté, pût se faire représenter par un *assertor*. Or, rien n'autorise une semblable conjecture.

Lorsqu'il n'y avait pas débat sur la *manus*, le mari pouvait revendiquer directement la femme pourvu qu'il le fît *adjecta causa*. Il devait, dans ce cas, indiquer dans l'*intentio* de sa formule la nature particulière de son droit.

tate, non petuntur : petuntur igitur, aut prœjudiciis, aut interdictis, aut cognitione prætoria : et ita Pomponius lib. 37 : Nisi forte, inquit, adjecta causa quis vindicet : si quis ita petit filium suum [*vel*] *in potestate, ex jure romano, videtur mihi* [*et*] *Pomponius consentire, recte eum egisse : ait enim, adjecta causa ex lege quiritum vindicare posse.*

(1) L. 1. Dig. V. 1. — L. 7. D. XLIV. 7.
Accarias, II, p. 930 et p. 1325.

SECTION II

Conséquences pécuniaires de la « Manus »

Nous avons vu que la *manus* produisait tout d'abord, dans la personne juridique de la femme un changement complet qui, d'après l'opinion générale, recevait à Rome la qualification de *minima capitis deminutio*.

De plus, pendant la durée de la *manus*, la femme figurait au nombre des personnes *alieni juris*.

Les effets pécuniaires de la *manus* découlent, pour la plupart, de ces deux propositions.

Quelle que fût la forme employée pour l'établir, les effets étaient identiques.

Nous n'avons donc pas à savoir si la *manus* résulte de la *confarreatio*, de la *coemptio* ou de l'*usus*.

Pour la clarté de notre exposé, nous distinguerons les biens et les dettes de la femme antérieurs à la *conventio in manum*, de ses acquisitions et obligations postérieures et nous examinerons successivement à ce double point de vue les modifications que la *manus* apporte à sa situation pécuniaire.

§ I. — DU SORT DES BIENS DE LA FEMME ANTÉRIEURS A LA CONVENTIO IN MANUM

La femme, au moment de la *conventio in manum*, pouvait être *alieni juris* ou *sui juris*. Il y a lieu de distinguer ces deux hypothèses.

Si la femme, au moment où se produisait la *manus*, était *alieni juris*, c'est-à-dire soit *in potestate*, soit *in mancipio*, il ne pouvait, on le comprend, y avoir de modifications importantes au point de vue qui nous occupe. Dans ce cas, en effet, la femme n'avait aucun bien. Tout ce qu'elle avait pu acquérir appartenait à son père ou à la personne qui l'avait *in mancipio*. Elle ne pouvait avoir personnellement contracté d'obligations (Gaius, III, 104) sinon par son délit ou son quasi-délit et dans ce cas, d'après le droit civil, l'action noxale survivait à la *capitis deminutio minima*. Le seul changement produit par la *manus* consistait en ce que cette action devait désormais être dirigée contre le mari. Ulpien, l. 2 § 3. Dig. de Cap. Min. IV, v. *Nemo delictis exuitur, quamvis capite deminutus sit*. Paul, l. 7 § 1 eod. *Injuriarum et actionum ex delicto venientium obligationes cum capite ambulant*. Donc en ce qui concerne la femme rien de changé : c'était le mari qui au lieu du père était tenu des actions noxales.

Si, au contraire, la femme était *sui juris*, la *manus* avait pour elle des conséquences pécuniaires très importantes. En devenant *alieni juris* tous ses biens se trouvaient, *ipso facto*, transférés au mari. Il se produisait une transmission *per universitatem* comme pour l'adrogation. Aucune tradition n'était nécessaire. Choses corporelles ou incorporelles, droits réels ou de créance, le mari acquerait tout. *Cum mulier viro in manum convenit omnia, quæ mulieris fuerunt, viri fiunt dotis nomine*. Ciceron, Top. c. 4. — Gaius est encore plus net. *Si cui heredes facti sumus, sive cujus bonorum possessionem petierimus, sive cujus bona emerimus, sive quem adrogaverimus, sive quam in manum ut uxorem receperimus, ejus res ad nos transeunt*. C. II. 98. — *Ecce enim,*

cum paterfamilias se in adoptionem dedit, mulierque in manum convenit, omnes eorum res incorporales et corporales, quæque eis debitæ sunt, patri adoptivo coemptionatorive adquiruntur, exceptis iis quæ per capitis deminutionem pereunt, quales sunt ususfructus, operarum obligatio libertorum quæ per jusjurandum contracta est, et quæ continentur legitimo judicio. III. 83.

Ce dernier texte indique les exceptions apportées à la règle générale. La *manus* produisant une *minima capitis deminutio* devait nécessairement, en transformant la personnalité juridique, détruire les droits que les Romains considéraient comme attachés à la personne.

Gaius signale tout d'abord l'usufruit, auquel il faut assimiler le droit d'usage (§ I, Inst. III, 10. — Frag. Vat. § 61 — Pauli sent. III, 6, § 29). Ce que disent ces auteurs de l'usufruit déjà constitué et en cours d'exercice, s'applique également à la créance d'usufruit. *Non solum usumfructum amitti capitis minutione constat, sed etiam actionem de usufructu.* Ulpien, fr. 1 princ. Dig. VII, 4. Il n'y avait pas à distinguer si l'usufruit provenait du droit civil ou du droit prétorien.

L'extinction de l'usufruit par la *manus* était la conséquence logique de la stricte interprétation que faisaient les Romains de la nature de ce droit. Les autres servitudes passaient au mari ou à l'adrogeant ; mais l'usufruit était considéré comme attaché à la personne même. S'il eût subsisté à la *minima capitis deminutio*, il se fût trouvé transféré à une autre personnalité. On préférait le faire retourner au propriétaire dont on reconstituait ainsi les droits, auparavant démembrés. Quant Justinien supprima cet effet de la *minima capitis deminutio* (§ 3 de Usuf. Inst. II, 4), la *manus* avait complètement disparu.

Cependant deux servitudes personnelles l'*habitatio* et le droit aux *operæ servi* survivaient à la *minima capitis deminutio*. — (Ulpien, loi 10 princ. Dig. VII, 8) et étaient ainsi conservés par la femme, puisque leur caractère de servitudes personnelles les empêchait de se déplacer, et que d'autre part elles n'étaient pas éteintes par le changement d'état. On considérait qu'il y avait là une prestation naturelle, en dehors du droit civil, un fait plutôt qu'un droit. Modestin donne cette explication. — L. 10, Dig. IV, 5 : — *Legatum in singulos annos, vel menses singulos relictum; vel si habitatio legetur, morte quidem legatarii legatum intercedit, capitis deminutione tamen interveniente, perseverat ; videlicet, quia tale legatum in facto potius, quam in jure, consistit.*

Du reste, ainsi qu'en témoigne ce texte de Modestin, on ne peut dire que l'usufruit s'éteignait toujours complètement par la *manus*. S'il avait été constitué *in singulos dies, menses* et *annos*, l'usufruit renaissait au profit du mari à l'expiration du jour, du mois ou de l'année commencés au moment où la *conventio in manum* s'était produite. La *deminutio capitis* n'a pu porter aucune atteinte aux années à venir et, comme on peut acquérir l'usufruit par les personnes que l'on a sous sa puissance, à l'instant où commence à nouveau l'usufruit, le mari l'acquiert. *Adquiritur autem nobis ususfructus non solum per nosmetipsos, sed etiam per eas quoque personas quas juri nostro subjectas habemus.* — L. 6 § 2. Dig. VII, I. — Ulpien, L. 25 § 3. Dig. VII, I. — Vat. frag., § 63-64. — Hase op. cit. p. 64.

Gaius cite en second lieu, comme éteinte par la *manus*, l'*operarum obligatio libertorum quæ per jusjurandum contracta est*, c'est-à-dire la promesse faite par serment par l'esclave avant son affranchissement de fournir à son

maître certains services, comme charges et conditions de la liberté qu'il recevait. Il y a là un droit absolument personnel qui appartient au patron et qui disparaît quand celui-ci perd avec sa personnalité juridique cette qualité (1).

Il n'y a pas à distinguer si la *capitis deminutio* atteint le patron ou l'affranchi. Subie par l'un ou par l'autre, elle éteint toutes obligations entre eux, sauf la *reverentia* qui continue d'être toujours due au patron qui n'a point perdu la liberté ni le droit de cité. (L. 10 §§ 2 et 6. *De in jus. voc.* Dig. II, 4).

Gaius indique encore, comme disparaissant par l'effet de la *manus*, le droit déduit en justice dans un *judicium legitimum*. La femme demanderesse dans un procès semblable perdait le droit né de la *litis contestatio*, sans doute parce qu'il était réputé attaché à la personne. D'autre part, le droit antérieur à la *litis contestatio* avait été éteint *ipso jure* et ne revivait pas. La déchéance eut donc été complète si le prêteur ne fut intervenu pour empêcher l'adversaire du *capite minutus* de profiter d'une si flagrante iniquité (2).

Dans le § 83 du livre III de ses commentaires, Gaius ne donne pas la nomenclature complète de tous les droits qui périssent par la *conventio in manum*. Il faut encore ajouter la créance résultant d'une *adstipulatio* dont il est fait mention plus loin dans le même livre au § 114 (3). *Is, autem qui in potestate patris est, agit aliquid,*

(1) Accarias, *Précis*, T. I., nº 182.

(2) Accarias. Precis. I. 405.

(3) Si Gaius ne mentionne pas au § 83 l'extinction des droits de la femme résultant de l'*adstipulatio* c'est qu'une semblable créance s'éteignait sans diminuer le patrimoine de la femme. Elle ne lui appartenait, en effet, que dans l'intérêt d'un tiers sous la charge d'en rendre compte.

(nempe adstipulando) sed parenti non adquirit, quamvis ex omnibus ceteris causis stipulando ei adquirat ; ac ne ipsi quidem aliter actio competit, quam si sine capitis deminutione exierit de potestate parentis, veluti morte ejus, aut quod ipse flamen Dialis inauguratus est. Eadem de filiafamilias, et quæ in manu, est dicta intellegimus. L'adstipulator dans ses rapports avec le stipulant principal n'était qu'un mandataire. Or, le mandat, étant toujours contracté *intuitu personæ,* ne pouvait survivre au changement de personnalité de l'une des parties. Aussi est-il permis de croire que le mandat reçu par la femme, et non exécuté au moment de la *conventio in manum*, prenait fin immédiatement.

Nous connaissons maintenant le sort des biens que possédait la femme au moment où elle tombait sous la *manus* de son mari. Il faut nous demander ce qu'il advenait d'autre part des dettes qui à ce moment grevaient son patrimoine.

Si tous les biens étaient *ipso jure* transférés au mari, au contraire les dettes étaient à ce point éteintes par la *capitis deminutio* que ni le mari ni la femme ne restaient obligés. La personne juridique de la femme disparaissant pour faire place à une personnalité nouvelle, on se trouvait dans la même situation que s'il se fût agi des dettes d'un individu décédé sans héritier. Si ce principe eût été rigoureusement appliqué, les créanciers de la femme auraient vu disparaître tout son actif sans pouvoir réclamer à personne ce qui leur était dû. L'équité ne devait pas tolérer une semblable situation. Aussi on établit à cette règle un si grand nombre d'exceptions, qu'elle finirent par l'absorber entièrement.

Le droit civil admit que les dettes grevant une hérédité recueillie par la femme passaient de plein droit en

même temps que l'actif héréditaire sur la tête du mari. Gaius III. 84. *Sed e diverso quod debet is qui se in adoptionem dedit, vel quæ in manum convenit, ad ipsum quidem coemptionatorem, aut ad patrem adoptivum pertinet hereditarium æs alienum, proque eo, quia suo nomine ipse pater adoptivus aut coemptionator heres fit, directo tenetur jure, non vero is qui se adoptandum dedit, quæve in manum convenit, quia desinit jure civili heres esse...*

Par la *manus* le mari devenait héritier au lieu et place de la femme ; or l'hérédité, actif et passif, formait un tout indivisible. On ne pouvait recevoir les biens sans être tenu de payer les dettes. C'est pourquoi l'addition faite par un pupille non autorisé était absolument nulle quelle que fût la supériorité de l'actif sur le passif.

Le fait de réputer l'hérédité recueillie par la femme acquise directement au mari, a une conséquence importante : c'est que celui-ci, tenu *jure civili* des dettes, sera poursuivi par voie d'action directe et que les créanciers pourront vendre non seulement les biens de l'hérédité, mais encore tous ceux composant son patrimoine personnel, 4.79. Dig. XXIX. 2 (1).

On l'a cependant contesté et on a prétendu, que des dettes provenant d'une hérédité déjà acquise à la femme, étaient traitées comme toutes ses autres dettes contractuelles. Le passage cité de Gaius, se refèrerait uniquement aux dettes d'une hérédité acceptée depuis la *conventio in manum,* par la femme du consentement du mari. S'il en eût été ainsi, Gaius n'aurait pas eu besoin de

(1) L. 79. Dig. XXIX. 2. Ulpien. *Placet, quotiens adquiritur per aliquem hereditas vel quid aliud ei cujus quis in potestate est, confestim adquiri ei cujus est in potestate : neque momento aliquo subsistere in persona ejus, per quem adquiritur : et sic adquiri ei, cui adquiritur.*

s'expliquer à ce sujet ; l'obligation du mari était évidente, car la femme qui, après la *conventio in manum* acquiert une hérédité, l'acquiert incontestablement suivant les mêmes règles que les fils et filles de famille. *Sed interdum si contrahatur cum his post capitis deminutionem danda est actio ; et quidem, si adrogatus sit, nullus labor ; nam perinde obligabitur, ut filius familias.* Loi 2, § 2 D. IV. 5. Du reste le texte de Gaius paraît formel dans notre sens : *desinit heres esse*, écrit-il en parlant de la femme ; n'est-ce pas dire qu'elle a été héritière. Or elle ne peut l'avoir été que si elle avait fait addition, alors qu'elle se trouvait *sui juris*.

On comprend fort bien que les créanciers de la femme, qui ne sont devenus tels que parce qu'elle a accepté la succession de leur débiteur, soient traités plus favorablement que ceux qui doivent cette qualité à un contrat intervenu entre eux et la femme, alors que cette dernière était *sui juris*. Les premiers sont devenus ses créanciers malgré eux, et il serait injuste que la *conventio in manum* leur nuisit. Les autres, au contraire, ont suivi sa foi et se sont mis à sa discrétion. Ils souffrent d'un état de choses qu'ils ont pu prévoir et que par suite ils ont en quelque sorte voulu.

La *manus* laissait également subsister les dettes résultant d'un délit. Ulpien, l. 2. § 3. Dig. IV. 5. Paul, l. 7. § 1. eod. Des raisons d'ordre public exigeaient cette exception. Il ne fallait pas permettre à la femme d'échapper, en se plaçant sous la *manus* de son mari, aux conséquences de ses actes délictueux. Il est vrai que la femme s'étant dépouillée de tous ses biens, les créanciers ne trouveront qu'un mince avantage à agir directement contre elle. Mais ils peuvent, par contre, s'ils le préfèrent, poursuivre le mari par voie d'action noxale. Gaius Com. IV. § 77.

Ce furent là les deux seules dérogations que le droit civil apporta au principe, que les dettes de la femme antérieures à la *conventio in manum* étaient éteintes par la *capitis deminutio minima* qu'elle subissait (1).

Le préteur, se préoccupant davantage de l'équité, se montra plus généreux vis-à-vis des créanciers de la femme. La *conventio in manum* aurait pu devenir pour elle, un moyen légal de frustrer ceux qui avaient des droits à son encontre. Par une disposition spéciale de l'édit, le préteur, rescindant d'avance la *capitis deminutio*, donna aux créanciers, pour toute dette de la femme résultant d'un contrat ou d'un quasi contrat, une action utile fictice contre leur débitrice. Ulpien nous a conservé le texte de l'édit, l. 2, § 1, Dig. IV. 5. « *Ait prætor : qui quæve, posteaquam quid cum his actum, contractumve sit, capite deminuti deminutæve esse dicentur, in eos easve perinde quasi id factum non sit, judicium dabo.* »

Cette action est dite utile et fictice, parce qu'elle est donnée en dehors de sa destination primitive et, qu'aux termes de la formule, le juge opère une *in integrum restitutio*. Il ne tient aucun compte de la *capitis deminutio* et statue comme si la personnalité de la débitrice n'avait pas changé. — Gaius IV, 38 (2). Le mari se trouvait par suite obligé d'intervenir dans le débat pour défendre sa femme : il figurait lui-même comme partie à la *litis contestatio* et fournissait la caution *judicatum solvi*.

(1) Si la dette était éteinte au regard du droit civil, il subsistait cependant une obligation naturelle. Ulpien 2 § 2. D, IV. 5. « *Hi qui capite minuuntur ex his causis, quæ capitis deminutionem præcesserunt, manent obligati naturaliter* ».

(2) Gaius IV. 38. *Præterea aliquando fingimus adversarium nostrum capite deminutum non esse. Nam si ex contractu nobis obligatus obligatave sit, et capite deminutus deminutave fuerit, velut mulier per coemp-*

A défaut, le magistrat autorisait les créanciers à se saisir de tous les biens de la femme et à les vendre comme s'ils n'avaient point cessé d'être sa propriété. « *De eo vero quod prius suo nomine eæ personæ debuerint, licet neque pater adoptivus teneatur, neque coemptionator, neque ipse quidem qui se in adoptionem dedit, vel quæ in manum convenit, maneat obligatus, obligatave, quia scilicet per capitis deminutionem liberatur, tamen in eum eamve utilis actio datur, rescissa capitis deminutione, et, si adversus hanc actionem non defendantur, quæ bona eorum futura fuissent, si se alieno juri non subjecissent, universa vendere creditoribus prætor permittit.* Gaius Com. III, § 84.

Dès lors la *manus* laissa subsister contre la femme une obligation prétorienne garantie par une action utile fictice.

§ 2. — DU SORT DES ACQUISITIONS ET DES OBLIGATIONS DE LA FEMME POSTÉRIEURES A « LA MANUS »

Tant que durait la *manus*, la femme ne pouvait rien posséder en propre ; toutes les acquisitions par elle faites devenaient immédiatement et nécessairement la propriété du mari.

C'est ce que Gaius exprime dans les termes suivants :

tionem, masculus per adrogationem, desinit jure civili debere nobis, nec directo intendere possumus dare eum eamve oportere; sed, ne in potestate ejus sit jus nostrum corrumpere, introducta est contra eum eamve actio utilis, rescissa capitis deminutione, id est, in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse.

adquiritur autem nobis non solum per nosmetipsos, sed etiam per eos quos in potestate, manu mancipiove habemus. II, § 86. — *Per eos vero personas quas in manu mancipiove habemus, proprietas quidem nobis adquiritur nobis ex omnibus causis, sicut per eos, qui in postestate nostra sunt.* II. § 90. Ulpien écrit de même : *Adquiritur autem nobis etiam per eas personas quas in potestate, manu mancipiove habemus. Itaque si quid mancipio puta acceperint, aut traditum eis sit, vel stipulati fuerint, ad nos pertinet. Item si heredes instituti sint, legatumve eis sit, et hereditatem jussu nostro adeuntes nobis adquirunt, et legatum ad nos pertinet.* Regul. T. XIX, § 18, 19.

La femme devenait donc pour son époux un instrument d'acquisition : produits de son travail, gains de son commerce, donations ou legs faits en sa faveur, tout devenait immédiatement la propriété du mari. La famille ne comporte qu'un seul patrimoine : celui du *paterfamilias*. Les biens de tous ceux, qui, composant la famille, se trouvent sous sa puissance, se confondent dans ce patrimoine. Aussi lorsque le mari se trouvait encore sous la puissance de son père ou de son aïeul, c'était ce dernier qui profitait des acquisitions faites par la femme de son fils ou petit fils.

L'épouse pouvait-elle acquérir pour le mari toutes sortes de droits ? La réponse ne serait pas douteuse, si Gaius ne nous révélait, dans un texte déjà examiné, l'existence d'une controverse sur le point de savoir si la femme pouvait acquérir le droit de possession au mari. Com. II, § 90. *An autem possessio (per eas personas quas in manu mancipiove habemus) adquiratur quæri solet, quia ipsa non possidemus.* Nous avons donné notre opinion sur ce point. Rapprochant ce texte de celui de Paul. (l. 1, § 8, Dig. XLI. 2) nous avons indiqué qu'il s'agis-

sait là d'une controverse qui n'a jamais dû être bien sérieuse (1).

Tous les modes d'acquisition en usage à Rome n'étaient pas accessibles à la femme *in manu*. *In summa sciendum est, iis qui in potestate, manu mancipiove sunt, nihil in jure cedi posse ; cum enim istarum personarum nihil suum esse possit, conveniens est scilicet ut nihil suum esse in jure vindicare possint.* Gaius II, § 96. Les personnes *in potestate, in manu* ou *in mancipio* ne pouvaient donc user de l'*in jure cessio*. Gaius en donne le motif : Ces personnes ne pouvant être propriétaires ne peuvent affirmer en justice que telle chose déterminée leur appartient.

Cette raison a besoin d'être interprétée. Ces personnes peuvent cependant faire ou recevoir une mancipation. Or, la formule de la mancipation ne diffère pas de l'*in jure cessio*. Toutes deux impliquent l'affirmation d'un droit. « *Hunc ego hominem meum esse aio, isque mihi emptus est hoc ære æneaque libra*, déclare le *mancipans*. D'autre part le bénéficiaire d'une *in jure cessio* prononce devant le prêteur les paroles suivantes : « *Hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse aio.* »

Dans la première formule le *mancipans* veut acquérir la chose : elle est à lui, dit-il, parce qu'il l'achète ; au contraire, dans l'*in jure cessio*, on simule devant le magistrat la défense d'un droit acquis. Or, la femme n'ayant rien ne peut user d'un procédé qui implique l'affirmation d'un droit de propriété. L'*in jure cessio* était la simulation d'une *legis actio*. Elle ne pouvait être

(1) Il n'est pas besoin de posséder une personne pour acquérir par elle la possession. Justinien (5 *per quas personas nobis ad quiritur*) décide que la possession peut être acquise au moyen d'une personne libre, *per liberam personam*, même à l'insu du bénéficiaire, si cette personne a reçu la chose au nom de ce dernier.

employée par ceux auxquels il est impossible de figurer comme demandeurs dans un procès sérieux. Toutes les personnes *alieni juris* se trouvaient dans cette condition.

La femme *in manú* pouvait acquérir pour son mari un droit de créance, tout aussi bien qu'un droit réel. Le mari retirait le bénéfice des stipulations ou des contrats faits par sa femme *in manu*. « *Expositis generibus obligationum, quæ ex contractu nascuntur, admonendi sumus adquiri nobis non solum per nosmetipsos, sed etiam per eas personas quæ in nostra potestate, manu mancipiove sunt* (1). De ce chef, la femme se trouve dans une situation identique à celle de toutes les personnes *alieno juri subjectæ*.

Il faut noter cependant le cas où il s'agirait d'une adstipulation. Dans ce cas, la créance n'est pas acquise au mari. La femme acquiert elle-même le droit, sauf à ne l'exercer que le jour où elle échappait à la *manus* sans *capitis deminutio*. Gaius indique (III, § 114) que c'est là une exception toute particulière, *quædam singulari jure*.

Si la femme venait à être volée ou injuriée, le mari avait l'action de vol ou l'action d'injures. Gaius III, §§ 199 et 221 (2).

A l'inverse, la femme pouvait-elle s'obliger et le mari était-il tenu de ses obligations ? Il ne saurait y avoir de doute en ce qui concerne les délits ou quasi délits. L'esclave lui-même s'obligeait civilement de cette manière (L. 14, Dig. XLIV, 7). La femme se

(1) Gaius, com. III, 163.

(2) Gaius, com. III, 199. *Interdum autem etiam liberorum hominum furtum fit, velut si quis liberorum nostrorum qui in potestate nostra sunt, sive etiam uxor quæ in manu nostra sit, sive etiam judicatus vel auctoratus meus subreptus fuerit.*

trouvait donc engagée ; quant au mari, il était alors également obligé, mais il pouvait, en faisant l'abandon noxal de sa femme, échapper à toute responsabilité.

S'il s'agit d'un contrat ou d'un quasi contrat, la femme, tout au moins d'après le droit civil, ne pouvait s'obliger. Le § 104 du com. III de Gaius, rétabli d'une manière à peu près certaine par les travaux de M. Studemund, paraît ne laisser place à aucun doute. La fille de famille et la femme *in manu* se trouvaient frappées d'une incapacité radicale dont rien ne pouvait les relever puisque le père et le mari ne fournissaient jamais à Rome leur *auctoritas*. Du reste, il n'y avait aucune nécessité à permettre à la femme *in manu* de s'obliger, puisqu'elle ne possédait aucun bien.

La femme *sui juris* au contraire s'obligeait valablement avec l'*auctoritas* de son tuteur ; mais ici la femme se trouvait à la tête d'un patrimoine et l'on comprend fort bien qu'elle dût pouvoir s'obliger.

Le droit prétorien modifia sur ce point le droit civil. Le Préteur finit par étendre, aux créanciers postérieurs à la constitution de la *manus*, le bénéfice de *l'in integrum restitutio* qu'il avait accordé aux créanciers antérieurs. Gaius, IV, § 80. Tout se passe comme si la femme n'avait jamais été *in manu*. Dès lors, les créanciers eurent pour gage tous les biens échus à leur débitrice depuis l'engagement contracté.

Plus tard, les filles de famille reçurent la capacité de contracter. Cette évolution s'accomplit dans l'époque qui s'écoula de Gaius à Ulpien. (L. 9, § 2, Dig. XIV, 6). Mais alors la *manus* avait cessé d'exister. Ce droit nouveau, qui aurait modifié la capacité de la femme *in manu*, lui demeura étranger.

La femme *in manu*, qui *jure civili* ne pouvait s'obliger

vis-à-vis d'un étranger, ne le pouvait pas davantage vis-à-vis de son mari. *Item inutilis est stipulatio si ab eo stipuler qui juri meo subjectus est, aut si is a me stipuletur*; Gaius III, § 104. En effet, aucune action en justice ne pouvait exister entre deux personnes unies par un lien de puissance (L. 4, Dig. V. I). Peut-être cependant le contrat intervenu entre deux époux pouvait-il faire naître une obligation naturelle. On peut raisonner par analogie en s'appuyant sur le § 119 du com. III de Gaius, qui nous montre qu'une obligation naturelle peut exister entre le maître et l'esclave.

Mais si la femme ne pouvait posséder en propre aucun bien, rien cependant n'empêchait le mari de lui confier la gestion de tout ou partie de son patrimoine. C'est ainsi que Plaute (Casina act II, sc. 2, vers 26) nous apprend que la femme pouvait posséder un pécule.

Peculi probam nihil habere addecet
Clam virum.

Le pécule, dont parle Plaute, ne peut être que celui qui, sous Auguste, était appelé *profectice*. Complètement distinct du pécule *castrans*, créé à la même époque et des pécules *quasi-castrans* et *adventice* établis sous Constantin, il consistait uniquement dans l'administration de certains biens confiés par le maître à l'esclave, par le père au fils, ou par le mari à sa femme. La propriété continuait à reposer sur la tête du maître, du père ou du mari. L'esclave, le fils ou la femme n'avait que la gestion, et encore pouvait-elle lui être retirée *ad nutum*. Quand fut imaginé le pécule *adventice* sur lequel la femme aurait exercé un véritable droit de propriété, la *manus* avait disparu de la scène juridique.

Ce ne dut être que dans des cas exceptionnels, et par suite fort rares, que la femme put se trouver à la tête d'un pécule. Il y avait impossibilité pour elle à acquérir un pécule *castrans* ou *quasi-castrans*. En effet, ces pécules étaient créés et alimentés par des biens et des récompenses pécuniaires donnés à raison de services rendus comme militaire ou fonctionnaire, et la femme était exclue de l'armée et de toute Administration publique. Quant au pécule *profectice*, le seul qui lui fût accessible, il avait surtout pour but de permettre, à la personne qui en était nantie, de commercer et d'augmenter ainsi le patrimoine de celui de qui elle tenait ces biens. Or, les mœurs romaines, qui laissaient surtout aux esclaves et aux citoyens des classes inférieures l'exercice du commerce et de l'industrie, faisaient obstacle à ce que l'*uxor*, la *materfamilias*, devint commerçante.

§ 3. — DU DROIT ÉVENTUEL DE LA FEMME « IN MANU » A LA RESTITUTION DE SES BIENS.

La *manus*, nous venons de le voir, avait pour conséquence nécessaire et forcée l'acquisition par le mari de tous les biens appartenant à la femme au moment de la *conventio in manum*, et de tous ceux qui lui advenaient par la suite. La propriété ainsi acquise au mari était irrévocable et perpétuelle, comme tout droit de propriété. Les biens de la femme se confondaient dans le patrimoine de la famille, dont le chef était le maître unique et incontesté.

Ce n'est là cependant qu'une vérité historique dont il faut se garder de faire une vérité absolue. En effet, l'acquisition des biens de la femme par le mari, ne con-

serva en réalité le caractère de perpétuité et d'irrévocabilité que pendant une période déterminée, et l'introduction, dans la pratique d'abord, dans la législation ensuite, de l'action *rei uxoriæ,* vint modifier sur ce point les règles du vieux droit romain.

Il se produisit pour les biens dont la *conventio in manum* conférait la propriété au mari la même évolution que pour la dot.

Jusqu'au VI^me^ siècle, la dot fut une libéralité à jamais acquise à l'époux. Elle était un don fait par la femme irrévocablement et sans réserves. Le mot lui-même l'indique. *Dos* et *donum* ont la même étymologie. *Dotem manifestum est ex Græco esse : διδοναι dicitur apud eos dare.* Festus V° Dos. — De là l'ancienne maxime « *dotis causa perpetua est* (1). » Mais la transformation de l'ancienne constitution de la famille amena des modifications dans les droits du mari, et la femme obtint peu à peu, des jurisconsultes et des législateurs romains, des actions de plus en plus rigoureuses pour recouvrer les biens dotaux que, primitivement, elle abandonnait d'une façon absolue et définitive à son mari.

La dévolution des biens de la femme au mari par la *manus* présente la plus grande affinité avec la dot, *Quum mulier viro in manum convenit,* écrit Cicéron dans ses Topiques, *omnia quæ mulieris fuerunt, viri fiunt dotis nomine,* — et bien longtemps après Paul (frag. Vat. 115) arguait de la *manus* à la constitution de dot. *Omnia in dotem..... dari posse ; argumento esse in manum conventionem.*

Il est vrai que le mot « dot » paraît avoir eu à Rome

(1) Paul. L. I, de Jure dot. D. XXIII, 3.
Ulpien. L. 7, § 3, eod.

un sens spécial excluant l'idée de la *manus*. Ulpien dans ses Règles, VI, 1, indique comment elle peut être acquise au mari : *dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur*. Elle n'est donc pas un effet immédiat et nécessaire du mariage. A ce point de vue, elle diffère de la *manus*, qui, par elle-même, et sans qu'il soit besoin de faire intervenir un mode d'acquisition, rendait nécessairement le mari propriétaire de tous les biens de la femme.

Mais s'il est vrai, surtout à l'époque ou la théorie de la dot a atteint son développement, que les biens dotaux *stricto sensu* ne comprenaient point ceux acquis au mari par la *conventio in manum*, il faut cependant reconnaître que tous remplissaient le même but et jouaient le même rôle. Les biens, que le mari reçoit par la *manus*, sont destinés, comme les biens dotaux, à subvenir aux charges domestiques, les uns et les autres sont accessoires au mariage.

Rien ne s'oppose donc à ce que l'on puisse raisonnablement soutenir, que les modifications apportées aux droits primitifs du mari sur la dot, l'ont été également sur les droits tout aussi rigoureux que le mari avait tout d'abord sur les biens, dont la *manus* lui conférait la propriété. La suite de cette étude nous permettra d'en faire la démonstration complète.

Si loin que l'on remonte dans les annales de Rome, on trouve que la femme et ses parents étaient moralement obligés de donner au mari une certaine quotité de biens, représentant la contribution de l'épouse aux charges de la famille.

Ces mœurs sont facilement explicables. D'après les lois des XII tables, les femmes avaient les mêmes droits de succession que les hommes. (Just. Inst. § 3. III, 2). Les biens se partageant également entr'eux, l'équité exigeait qu'il en fut de même des charges domestiques.

Deux situations peuvent se présenter.

Tout d'abord la femme tombe sous la *manus* du mari.

Si elle est *sui juris*, tous ses biens deviennent forcément la propriété de l'époux. Dans ce cas il n'y a pas dot à proprement parler puisqu'il n'y a pas don volontaire, et que l'acquisition faite par le mari est la conséquence légale et forcée de la *conventio in manum*. Il y a cependant un équivalent de la dot.

Si la femme est *alieni juris*, sous la puissance de son père, et c'est là le cas le plus fréquent puisque les filles se mariaient fort jeunes à Rome, le père devait fournir la dot. Les mœurs lui en faisaient une obligation d'autant plus étroite, que la femme, en se soumettant à la *manus*, renonçait à tous ses droits sur la succession paternelle. Dans ce cas les biens que le mari reçoit constituent bien une dot puisqu'il y a libéralité à lui faite au nom de la femme et à l'occasion du mariage.

La femme peut aussi contracter mariage sans qu'il y ait *conventio in manum*. Dans ce cas le mari n'ayant, de par le mariage, aucun droit sur les biens de sa femme, la nécessité d'une dot se faisait encore plus impérieusement sentir. Il fallait donc que la femme elle-même, si elle était *sui juris*, ou son père, si elle était sous sa puissance, remette au mari les biens qui allaient, en ses mains, représenter la contribution de l'épouse aux charges domestiques.

« Ce qu'il importe de remarquer, écrit M. Gide, « dans son traité du caractère de la dot en droit romain, « c'est que dans ces trois hypothèses, si les moyens « étaient différents, le but était toujours le même. Ce « but, c'était de procurer au mari un enrichissement qui « compensât pour lui les charges du mariage. Dans les

« trois cas les biens qu'il acquerrait avaient la même « destination et devaient par conséquent être régis par « les mêmes lois. Dans les trois cas, il les acquerrait sans « restriction et sans réserve et, de quelque façon que le « mariage vint à se dissoudre, il n'avait pas à les res- « tituer. »

Le droit pour le mari et ses héritiers de n'avoir pas à restituer la dot constituerait de nos jours une iniquité. A Rome, au contraire, il n'y avait là rien d'anormal ni d'illogique. Il suffit pour s'en convaincre de se rappeler comment aux premiers siècles de l'histoire romaine était constituée la famille.

Sans doute il pouvait y avoir abus de la part du mari. Maître absolu des biens dotaux, il pouvait les dissiper et leur donner une destination différente de celle qu'ils devaient recevoir. Mais ce n'était là qu'une conséquence naturelle du pouvoir sans limites du chef de famille. Si son autorité lui permettait de mettre à mort ou de vendre sa femme et ses enfants, *a fortiori* pouvait-il les dépouiller de leurs biens. Les mœurs, du reste, apportaient un puissant correctif à ce pouvoir absolu et le blâme si redouté du censeur empêchait tout abus d'autorité de la part du *paterfamilias* qui aurait voulu méconnaître les devoirs, que l'affection pour les siens et sa situation de chef de famille lui, imposaient.

En dehors de ce cas tout exceptionnel, on ne trouve rien de contraire à la raison et à l'équité. La femme ne pouvait se trouver que très rarement dans une situation précaire de nature à appeler l'attention du législateur.

En effet, si le mariage venait à se dissoudre par le décès de la femme, n'était-il pas raisonnable que le mari gardât les biens qu'il avait reçus lors de sa célébration ? Il gardait les enfants aux besoins desquels la dot

devait satisfaire. Ceux-ci, ne succédant point à leur mère, retrouvaient ainsi dans la succession de leur père les biens qui leur étaient destinés. Si la femme décédait sans enfants, il était encore préférable de voir ses biens, au lieu d'aller à des parents d'un degré éloigné peut-être, demeurer la propriété de celui qu'elle et les siens avaient, en connaissance de cause, choisi pour objet d'une affection éternelle.

Si, au contraire, c'était le décès du mari qui amenait la dissolution du mariage, il pouvait paraître étrange que la femme ne reprît pas les biens par elle apportés à l'époux. Dans ce cas apparaît l'utilité de la *manus*. En effet, s'il y a eu *conventio in manum* la femme succède au mari, seule, s'il n'y a point d'enfants, en concours avec ceux-ci, si son union a été féconde.

Dans le premier cas, elle recouvre sa dot et de plus acquiert les biens du mari ; dans la seconde hypothèse elle partage avec ses enfants la succession de son époux défunt et, dans ce cas, la dot continue même, après le mariage, à remplir son office, puisqu'elle subvient encore à l'entretien de la femme et des enfants.

Lorsque la femme n'est pas *in manu* sa situation paraît plus précaire. Elle n'a aucun droit sur la succession du mari et, si importante qu'ait été la dot par elle apportée en mariage, elle peut se trouver sans ressources. Ce point de vue ne paraît avoir ni préoccupé, ni ému le législateur qui, dans la Rome primitive, a toujours vu avec défaveur le convol des veuves en secondes noces. C'était un honneur pour une femme de n'avoir eu qu'un mari. ainsi qu'en témoigne l'épithète d'*univiria* inscrite sur les tombeaux de quelques femmes de l'époque.

Heureusement les mœurs, ici encore, venaient corriger

la loi. Le mari, pour éviter un blâme à sa mémoire, laissait toujours à sa veuve un legs suffisant pour la mettre à l'abri du besoin. D'autre part, les héritiers du mari étaient le plus souvent ses enfants. Ils étaient tenus envers leur mère de l'obligation alimentaire. Entre leurs mains, la dot conservait donc la même destination qu'entre les mains du mari, puisqu'elle subvenait encore à l'entretien de la femme et des enfants.

En l'état de ces faits, comment put-on concevoir l'idée de permettre à la femme de reprendre tout ou partie de sa dot ? D'après Aulu-Gelle, qui invoque à l'appui de son dire le témoignage du savant jurisconsulte Servius Sulpicius, ce fut vers le milieu du VI^me^ siècle et à l'occasion du divorce de Carvilius Ruga, que la nécessité de stipulations *rei uxoriæ* se fit sentir.

A cette époque, les mœurs primitives commençaient à dégénérer et le censeur était impuissant à arrêter la corruption qui envahissait toutes les classes de la société. Les divorces devinrent de plus en plus fréquents. Pour certains, les mariages n'étaient qu'une odieuse spéculation. Ils divorçaient et gardaient la dot. Privées de leurs biens, les femmes ne trouvaient plus à contracter de nouvelles unions.

Pour remédier à de pareils abus, on n'hésita pas à porter atteinte à l'autorité du chef de famille et à imposer au mari l'obligation de restituer les biens que l'épouse lui avait apportés lors du mariage. L'équité et l'humanité le commandaient; l'intérêt de l'État l'exigeait. Il importe, disent les jurisconsultes, que les femmes aient des dots et les conservent, car c'est pour leur dot qu'on les épouse (1).

(1) L. 2. Dig. XXIII, 3. — L. 1. Dig. XXIV, 3. — L. 18. Dig. XLII, 5.

Sous l'influence des idées et, comme conséquence d'une nécessité sociale, s'introduisit l'usage des *cautiones rei uxoriæ*. Lors du mariage, au moment de la *conventio in manum*, ou de la constitution de dot, si le mariage n'était pas accompagné de la *manus*, une convention intervenait pour assurer, en cas de dissolution, la restitution de tout ou partie des biens apportés par la femme à son époux.

Un passage de Boëce (*ad Cic. Topic.* XVII, 66) nous a conservé les termes dans lesquels cette promesse se faisait : *Dos interdum his conditionibus dari solebat, ut si inter virum uxoremque divortium contigisset, quod melius æquius esset apud virum maneret, reliquum dotis restitueretur uxori.*

L'atteinte à l'acquisition absolue par le mari des biens dotaux se manifesta d'abord d'une façon timide. Le mari devait restituer à la femme, *quod melius æquius esset*. Pour prononcer la répudiation, il devait réunir le tribunal de famille et celui-ci décidait ce qui, d'après l'équité, devait être donné à la femme.

La clause de restitution fut d'abord conventionnelle. Mais, comme elle avait l'équité pour base, elle devint d'une pratique et d'un usage constants. Devenue de style, on finit par la sous-entendre. Alors qu'elle avait été introduite seulement en faveur de la femme divorcée, on ne tarda pas à l'étendre à la veuve que le mari omettait sur son testament et délaissait sans ressources.

De vives controverses se sont élevées sur le point de savoir si cette action *rei uxoriæ* ne fut donnée qu'à la femme unie en mariage libre, ou si elle fut donnée à toutes les femmes, sans distinction des formes du mariage, même à celles dont les biens passaient dans le

patrimoine du mari comme conséquence forcée de la *manus* (1).

D'après certains auteurs, l'action *rei uxoriæ* impliquerait l'existence pendant le mariage d'une créance de la femme à l'encontre du mari (2). Incontestablement, la nature de la *manus* est incompatible avec l'existence d'un pareil droit. Ils en concluent donc que la femme *in manu* ne peut avoir l'action *rei uxoriæ*.

M. Gide nous paraît avoir victorieusement répondu à ce système qui repose sur un raisonnement dont la prémisse est fausse : « Si la dot, comme on le croit trop « souvent, n'était qu'une sorte de prêt au mari, si le « mari devenait débiteur de la dot en en devenant propriétaire, assurément la *conventio in manum* rendrait « toute dot et toute action dotale impossible : car il est « bien impossible qu'une femme *in manu mariti* soit « créancière de son mari. Mais s'il est vrai tout au contraire que la dot romaine fut, non pas un prêt, mais « un don fait à toujours, s'il est vrai que l'action *rei* « *uxoriæ* ne fut qu'une sorte de secours personnel « accordé à la veuve ou à l'épouse divorcée et par con- « séquent ne prit naissance qu'au jour du divorce ou « du veuvage, qu'importe alors la *conventio in manum*. « Elle ne pouvait faire obstacle à l'action *rei uxoriæ* « puisqu'au moment où cette action prenait naissance « la *manus* avait déjà pris fin. »

Pour justifier les conclusions auxquelles aboutit M. Gide, il suffit de prouver, que durant le mariage, la femme, même celle qui a échappé à la *manus*, n'était

(1) Gide. Du caractère de la dot en droit romain. Bechmann et Czyhlarz. *Das rœmische dotalrecht*.

(2) Hasc. op. cit.

pas créancière de la dot et que l'action *rei uxoriæ* naissait, non pas de la remise de la dot au mari, mais seulement du préjudice que celui-ci causait à sa femme, en la répudiant, ou en prédécedant sans lui assurer des moyens d'existence.

Qu'elle était donc la nature du droit de la femme sur sa dot ? Était-ce un droit de propriété, était-ce un droit de créance ? Sur ce point les jurisconsultes romains, si précis d'habitude, s'expriment, en un langage obscur et ambigu. Certains textes paraissent reconnaître à la femme une sorte de droit de propriété sur la dot. D'autres plus formels posent en principe, avec une netteté qui ne laisse aucune place pour le doute, que le mari seul est propriétaire de la dot. *Dotale prædium maritus invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit...* Gaius II, 63. (1) Il en est ainsi encore sous Justinien, qui dans ses *Institutes* (II, t. 8, pr.), s'approprie les expressions de Gaius.

La prohibition même d'aliéner les biens dotaux édictée contre lui par la loi Julia établit son droit de propriété. Il usucape *pro dote* les biens à lui remis en dot, si la personne de qui il les a reçus n'en était pas propriétaire ; il peut les vendre et les céder à la femme elle-même.

Si la femme n'est pas propriétaire des biens dotaux, elle pourrait cependant avoir sur eux un droit de répétition et de créance, semblable à celui qu'elle a pour obtenir la restitution des biens prêtés. Il est à remarquer que pour exprimer le droit de la femme, aucun texte n'emploie le mot *obligatio* qui eût été l'expression technique nécessaire pour caractériser un droit pécuniaire.

(1) L. 24, Dig. XXV. 2.

D'autre part, on ne voit nullement figurer la constitution de dot dans l'énumération des diverses causes d'obligations.

L'action *rei uxoriæ* est donc un droit anormal et exceptionnel. Elle se distingue du reste par des singularités qui achèvent de nous faire connaître sa nature. Elle n'est pas pécuniaire dans sa cause : elle ne le devient qu'une fois exercée, par son résultat final. La femme est seule juge d'apprécier s'il convient de l'exercer et, si elle se trouve sous la puissance de son père, celui-ci ne pourra l'intenter et la soutenir sans son consentement. (1) *Dos communis est patris et filiæ*, disent les auteurs.

Cette action est intransmissible aux héritiers de l'épouse, ou du moins ceux-ci ne peuvent l'exercer que du jour où elle s'est transformée en un droit pécuniaire et est entrée ainsi dans le patrimoine de la femme.

Cette transformation de l'*actio rei uxoriæ* en un droit pécuniaire, se produit non pas au moment de la *litis contestatio*, mais d'une façon tout exceptionnelle, dès qu'une mise en demeure a été signifiée par la femme au mari. Si avant toute mise en demeure, la femme vient à sortir de la puissance paternelle, l'action *rei uxoriæ* lui reste.

Cette action était donc attachée non à la personnalité juridique mais à l'individualité physique ; d'où cette conséquence qu'elle survivait à la *minima capitis deminutio* et même à la *media capitis deminutio* résultant de la déportation.

Enfin, l'action *rei uxoriæ* figurait au nombre des actions *in bonum* et *æquum conceptæ* (2). Le juge y jouissait d'un

(1) L. 9, Dig. IV. 5. — Ulpien, VI, 6. — L. 3, Dig. XXIV, 3.
(2) L. 8, Dig. IV, 5.

pouvoir absolu et illimité. Il statuait suivant sa conscience et l'équité. « *quanti bonum ei videbatur* »; sa latitude est bien plus grande que dans les actions arbitraires ou de bonne foi.

On s'explique fort bien que le droit à la restitution des biens dotaux ne soit pas pécuniaire. Il suffit de songer à la destination que doivent avoir les biens que la femme apporte à l'époux lors du mariage. Leur but n'est pas restreint, comme celui de la richesse, au bien-être matériel qu'ils peuvent procurer. Ils doivent donner à la femme la jouissance des plus grandes satisfactions morales. En permettant et facilitant le mariage, ils deviennent pour elle le moyen de constituer une famille, de connaître les joies intimes du foyer conjugal, de devenir en quelque sorte l'égale de l'époux dont elle reçoit la *communicatio divini et humani juris*. Grâce à la dot, elle joue un rôle dans la société, et l'Etat, à qui elle doit donner des citoyens vigoureux et vaillants, doit étendre sur elle une bienveillante sollicitude.

Si le mari répudie sa femme, elle perd tous ces avantages que le mariage devait lui donner. Elle éprouve un préjudice éminemment moral et personnel. On ne peut le réparer qu'en donnant à la femme le moyen de contracter, si elle le juge convenable, une nouvelle union qui lui procurera une situation identique à celle qu'elle vient de perdre. Pour cela il faut lui permettre de recouvrer sa dot.

Le droit qui sert de base à l'action *rei uxoriæ* a son origine dans l'équité. Or, jusqu'à la dissolution du mariage, l'équité était pleinement satisfaite, la dot remplissant alors sa destination. Le droit de la femme à sa restitution ne pouvait naître qu'à la dissolution du mariage.

Du reste, même en admettant, qu'à raison de sa dot, l'épouse ait, durant le mariage, un droit de créance à l'égard du mari, ce ne serait pas un motif suffisant pour déclarer ce droit incompatible avec la *manus*. On pourrait toujours invoquer le texte de Gaius (1. 8 Dig. IV. 5.) relatif à l'action *rei uxoriæ*. *Eas obligationes quæ naturalem præstationem habere intelliguntur, palam est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest*. En cette matière, nous dit le jurisconsulte romain, les règles du droit civil ne sauraient prévaloir sur l'équité. Or l'équité repousse toute défaveur envers la femme *in manu*. Elle ne saurait souffrir que celle-ci, par une exception injustifiable, fût exposée à être dépouillée de tous ses biens. On doit donc conclure que la femme, malgré la *manus*, peut posséder contre le mari un droit pécuniaire, si ce droit a pour fondement l'équité.

Qu'on ne dise pas que les textes relatifs à l'action *rei uxoriæ* semblent tous se placer dans l'hypothèse d'une dot et qu'il y a lieu d'entendre ce mot *stricto sensu*. Nous avons vu que les biens acquis au mari, comme conséquence de la *manus*, ont la même destination et jouent le même rôle que la dot. Ciceron voyait dans la *manus* une constitution de dot. Paul argumentait par analogie de la *manus* à la constitution de dot. L'expression *actio uxoriæ* est générale et semble bien viser tous les *biens* apportés par l'épouse. Pourquoi employer une périphrase et ne pas dire *actio dotalis* ou *actio dotis*, si non parce que l'*actio uxoriæ* s'appliquait à tout ce qui était advenu au mari par l'effet du mariage. « Si l'action *rei uxoriæ* peut « s'appliquer au mariage avec *manus*, écrit M. Gide, je « dis quelle doit s'y appliquer, car tous les motifs qui « l'ont fait établir existent également en ce cas et avec

« la même puissance. Que la femme ait été ou non *in*
« *manu*, n'y a-t-il pas le même intérêt public à ce quelle
« puisse se remarier ? Quelle ait été ou non *in manu*
« n'y a-t-il pas la même équité à la secourir quand le
« divorce la laisse seule et sans ressource ? Ou, s'il y a
« une différence, la femme qui a le plus besoin d'être
« secourue n'est-elle pas précisément celle que la *con-*
« *ventio in manum* a privée de sa famille et de tous ses
« biens ? »

Mais, dit-on, lorsque s'introduisirent dans le droit romain les *retentiones dotis*, lorsqu'on régla législativement quelle part de dot devait, suivant les circonstances, rester au mari, le droit jusqu'alors indéterminé de la femme se modifia. Ce fut dès lors un droit précis, un véritable droit de créance, inaccessible par conséquent à la femme *in manu*.

La réponse à l'objection paraît facile. Si, au début, on a accordé aux femmes *in manu* l'action *rei uxoriæ*, elle devait malgré ses modifications leur demeurer. Elles étaient les plus dignes de la protection des lois et le législateur devait faire tous ses efforts pour empêcher la ruine complète de la *manus*. Lorsque les divorces devinrent si fréquents que l'on put dire que l'on ne se mariait plus que pour divorcer (1), quelle femme eût consenti à se soumettre à la *manus*, si elle eût dû perdre d'une façon définitive et complète les biens par elle apportés à son mari ? Nous voyons cependant la *manus* survivre à l'introduction du divorce dans les lois romaines et aux scandales des répudiations signifiées sans motif sérieux par un époux à son conjoint. Pour empêcher la *manus* de disparaître immédiatement, il a fallu

(1) Tertullien. Apolog. 6.

que la femme pût par l'action *rei uxoriæ* se faire restituer les biens qu'elle avait abandonnés à son époux. Il semble que la *coemptio*, qui permettait de stipuler des conditions ou réserves, a été adoptée comme mode d'établissement de la *manus* en prévision surtout du cas de restitution de la dot (1).

L'usage des *cautiones dotis* amena la femme à en étendre l'emploi à la restitution de la dot entière. Elle ne se borna plus à stipuler *quidquid æquius melius est ex dote reddi*, elle se fit promettre la restitution complète de la dot à la dissolution du mariage. Les mœurs qui rendaient les divorces de plus en plus fréquents devaient forcément amener ce résultat. Le mariage n'étant plus qu'une union passagère la dot ne pouvait conserver une destination perpétuelle. Elle devait se transformer en un prêt fait par la femme au mari et sujet à restitution. Ainsi l'action *rei uxoriæ* disparut peu à peu devant une autre action accordée à la femme veuve ou divorcée, l'*actio ex stipulatu*. Cette dernière offrait des avantages qui devaient la faire préférer. Elle était transmissible et exempte de retenues. Elle impliquait non plus un droit indéterminé, mais un droit précis, une créance certaine. Elle ne s'étendait pas à une partie de la dot, mais à la totalité. C'était un contrat et non plus l'équité qui lui servait de base. La femme demanderesse agissait par une *conditio* comme un créancier vis-à-vis de son débiteur. Aussi nous paraît-il qu'elle ne put jamais appartenir à la femme *in manu* puisque, entre elle et son mari, il ne pouvait exister de véritable droit de créance. Elle était contraire du reste à l'essence même de la *manus*.

Il nous reste à examiner quels sont les biens dont la

(1) Gaius. 1. 140.

femme, par l'action *rei uxoriæ*, pouvait obtenir la restitution. A cet égard, les développements que nous avons déjà fournis, nous dispensent d'entrer dans de plus amples explications. Le juge avait un pouvoir absolu. Il faisait restituer à la femme *quid æquius melius*. Il devait tenir compte de tous les biens advenus au mari par la *conventio in manum*, soit ceux donnés par un père ou un tiers au mari à l'occasion de son mariage, avec l'intention de gratifier l'épouse, soit ceux apportés par la femme elle-même si elle était *sui juris*, soit encore les biens qui fussent entrés dans le patrimoine de la femme, si la *conventio in manum* ne les eût attribués au mari (1).

§ 4. — DROITS SUCCESSIFS DE LA FEMME « IN MANU »

Nous avons vu que la *conventio in manum* faisait disparaître tout lien d'agnation entre la femme et ses parents naturels, mais qu'en revanche elle lui faisait acquérir ces mêmes droits dans la famille de son mari.

De ce principe découle la théorie des droits successifs de l'épouse *in manu*. La loi civile, qui donnait l'agnation pour base à l'hérédité civile, faisait perdre à la femme tous les droits successifs quelle avait relativement à sa famille d'origine. En compensation, elle lui donnait tous les droits héréditaires attachés à sa situation de fille de son mari.

Il y a lieu de remarquer que les effets de cette théorie étaient restreints au droit civil. La *manus* ne pouvait, en fait, détruire les liens de la parenté naturelle, la cognation, et le préteur, pour faire respecter l'équité,

(1) V. contrà. M. Ginoulhiac, p. 64.

permettait à la femme *in manu* de conserver les droits dérivant de sa qualité de cognate.

Uxor quoque quæ in manu viri est, ei sua heres est, quia filiæ loco est. Item nurus quæ in filii manu est; nam et hæc neptis loco est; sed ita demum erit sua heres, si filius, cujus in manu erit, cum pater moritur, in potestate ejus non sit. Idemque dicemus et de ea quæ in nepotis manu matrimonii causa sit, quia proneptis loco est. Gaius Com. III, § 3. L'épouse figurait donc parmi les *sui ac necessarii heredes* de son mari. (Gaius. Com. II, 139, 159). Celui-ci devait l'instituer ou s'il voulait l'héxereder il devait remplir vis-à-vis d'elle les règles prescrites par la loi. (Ulpien. Reg. XXII, 14). Si elle était régulièrement exheredée, elle pouvait intenter la *querela inofficiosi testamenti*. (Gaius II, 124). Enfin, si au moment de la *conventio in manum* le mari avait déjà fait son testament, l'agnation de la femme en amenait la rupture. (Ulpien XXIII, 3. Gaius II, 139).

Loco filiæ à l'égard de son mari la femme *in manu* recueillait la totalité de ses biens, s'il ne laissait pas d'autre héritier sien, une part virile dans le cas contraire. Elle succédait aussi à ses enfants comme à des frères et sœurs et ses enfants lui succédaient au même titre.

Cette vocation héréditaire entre la femme et le mari n'existait que si la *manus* était accessoire au mariage. Elle ne se produisait pas si la femme se trouvait comme nous le verrons plus tard, *fiduciæ causa*, sous la *manus* d'une autre personne que le mari. On s'est demandé si cette différence provenait du pacte de fiducie qui, dans ce cas, s'ajoutait à la *manus* ou du défaut du mariage. Un texte de Gaius paraît donner raison à cette dernière opinion. « *Idem juris est si cui post factum testamentum uxor in manum conveniat, vel quæ in manu fuit nubat : nam eo modo filiæ loco esse incipit, et quasi sua est.* (II 139).

La situation de l'épouse *in manu* sur ces divers points était plus avantageuse que celle de la femme unie en mariage libre. La loi des XII tables ne reconnaissait que trois classes d'héritiers : les *sui heredes*, les *agnats* et enfin les *gentiles*. Le défaut de *conventio in manum* excluait la femme de ces trois catégories Elle restait une étrangère au regard de son mari : elle gardait, il est vrai, tous ses droits dans la famille paternelle, mais en cas de prédécès de son mari, elle ne pouvait élever aucune prétention sur le patrimoine que celui-ci délaissait, pas plus, du reste, que son mari sur le sien. Servius, Ad. Æn. L. IV. « *Per coemptionem facto matrimonio maritus et « uxor sibi invicem succedebant.* » Elle n'héritait pas davantage de ses enfants et ceux-ci étaient également sans droit sur l'héritage de leur mère.

Cet état de choses contraire à toute équité se maintint jusqu'au jour où le préteur, par les *bonorum possessiones*, porta une première atteinte au droit civil en permettant au magistrat de tenir compte de la parenté naturelle. *La bonorum possessio unde vir et uxor* permet même à la femme d'arriver à la succession à défaut de parents. Les Senatus Consultes Tertullien et Orphitien et les Constitutions Impériales donnèrent à la femme un véritable droit de succession sur les biens de ses enfants. Le senatus consulte Tertullien laissait de côté les ascendants de la ligne maternelle, et ne créait un droit nouveau que pour la mère qui avait trois enfants, si elle était ingénue, et quatre, si elle était affranchie. Primée par les ascendants, par le père et par les frères consanguins agnats, elle partage avec les sœurs et même avec le père, si ce dernier ne vient que comme cognat, et elle exclut tous les agnats à partir du troisième degré. Justinien décida que la mère, primée par les descendants et par le père

du défunt, viendrait en concours avec les frères et sœurs agnats. En présence des frères venant seuls ou avec des sœurs, elle a une part virile ; en présence de sœurs seules, elle a la moitié. Le sénatus-consulte Orphitien, qui n'est que la conséquence du précédent, appelle au premier degré de la succession de la mère tous les enfants légitimes ou naturels, *sui juris* ou *alieni juris*, mais citoyens romains et ingénus. En l'an 537, (Novelle 117), Justinien décide que la veuve, qui n'aurait ni dot ni d'autres biens, enlèverait aux enfants, s'il n'y en a pas plus de trois, et à *fortiori* aux autres parents, le quart des biens du défunt, à la condition d'imputer sur ce quart tous les legs qu'elle aurait reçus. S'il y a plus de trois enfants, la veuve reçoit une part virile en usufruit ou en pleine propriété suivant que l'un, au moins de ces enfants, est ou non issu d'elle. Ce droit qui fut dénommé la quarte du conjoint pauvre ne pouvait jamais dépasser cent livres d'or.

Enfin les Novelles 118 et 127 donnent un droit successoral identique à chaque ligne d'ascendants : ils viennent au second degré et excluent les collatéraux sauf les frères et sœurs germains avec lesquels ils partagent par part virile.

§ 5. — DROIT POUR LE MARI DE DÉSIGNER UN TUTEUR A LA FEMME « IN MANU. »

Lorsque la *manus* prenait fin par la mort du mari, la femme devenait libre, *sui juris*. Mais, de même que le père de famille avait la faculté de désigner par testament un tuteur à ses enfants impubères, de même le mari

pouvait, d'après la loi romaine, choisir un tuteur à son épouse devenue *sui juris* en même temps que veuve.

Le droit que la *manus* conférait sur les biens de la femme au mari, survivait pour ainsi dire à sa mort. C'était une personne choisie par lui, son mandataire posthume en quelque sorte, qui allait à jamais présider à l'administration de la fortune de la femme.

On sait qu'à Rome les femmes se trouvaient soumises à une tutelle perpétuelle. Ulpien explique cette rigueur de la loi envers la femme par un sentiment de bienveillance du législateur : *Tutores constituuntur fœminis tam impuberibus quam puberibus et propter suam infirmitatem et propter forensium rerum ignorantiam.* Ulpien frag. tit. II, § 1. Avec beaucoup plus de sincérité, Gaius déclare cette raison *magis speciosa quam vera.* (Com. I, § 190). Le motif déterminant de la tutelle perpétuelle des femmes était surtout politique et tiré de l'organisation de la famille. Le législateur romain a voulu éviter que la femme fit passer dans d'autres maisons ou dissipat en les employant à des usages personnels, des richesses destinées à soutenir l'éclat et la puissance de la famille à laquelle elle appartenait. Il fallait conserver aux agnats les biens dont les femmes étaient propriétaires. Aussi, était-ce ordinairement aux plus proches agnats, à ceux considérés comme héritiers présomptifs, et par suite aux enfants eux-mêmes, que cette tutelle était déférée.

Cependant, le mari qui avait la *manus* sur son épouse pouvait lui désigner comme tuteur un citoyen quelconque. Ce droit était incontestablement une des conséquences les plus rigoureuses de la puissance que la *manus* conférait au mari.

Par une réaction qu'il est intéressant de signaler, ce

droit extrême finit par tourner à l'avantage de la femme et devint pour elle un moyen de conquérir l'indépendance.

En effet le mari, omnipotent dans son choix, pouvait à son gré, ou bien désigner un seul tuteur à l'autorité duquel sa femme serait nécessairement soumise, ou bien en désigner plusieurs entre lesquels elle aurait le choix, ou bien enfin n'en désigner aucun et lui laisser le droit absolu de choisir elle-même un citoyen capable d'exercer la tutelle. Dans ce cas, le mari conférait à la femme l'*optio tutoris*.

L'*optio tutoris* remonte à une date assez lointaine dans les annales romaines. On en trouve des vestiges dans Plaute, décédé vers 570 (Act. IV, Sc. 4, V. 6, Trucul). Tite-Live (39, § 19) cite, parmi les faveurs accordées à Hispala Fecennia, pour la récompenser d'avoir dénoncé les Bacchanales, le droit de choisir un tuteur comme si son mari le lui avait donné.

Dans ses commentaires (I, §§ 150 et 154), Gaius nous donne quelques détails sur ce droit d'option. La femme, à qui il a été conféré, peut choisir un tuteur qui l'assistera dans tous les actes de sa vie civile, ou bien qui n'interposera son autorité que dans quelques actes, le tuteur légitime restant compétent pour les autres.

L'option du reste peut être *plena aut augusta*, absolue ou limitée. La première résulte de la volonté du mari ainsi exprimée : *Titiæ uxori meæ tutoris optionem do.* Au contraire, si le mari veut limiter la faculté d'option de la femme, il emploie la formule suivante : *Titiæ uxori meæ duntaxat tutoris optionem semel do, duntaxat bis do.* Ces deux dispositions ont des effets très différents. Dans le premier cas, le droit d'option de la

femme était illimité. Elle pouvait changer de tuteur au gré de ses intérêts et même de ses caprices. L'option limitée ne donne pas les mêmes avantages : lorsque la femme aura épuisé le nombre d'options qui lui avait été accordé, elle restera sous la tutelle de celui qu'en dernier lieu elle aurait choisi.

On comprend facilement combien cet usage a dû affaiblir l'institution de la tutelle des femmes pubères. Ciceron s'élève, dans son discours *pro Murena*, contre cette pratique qui soumet les tuteurs à la puissance des femmes : *Mulieres omnes, propter infirmitatem consilii, majores in tutorum potestate esse voluerunt ; invenerunt genera tutorum quæ potestate mulierum continerentur.*

L'*optio tutoris* constitue un grand pas dans l'acheminement de la femme vers l'indépendance. C'était déjà lui assurer une certaine liberté que de permettre au mari de lui donner pour tuteur un étranger n'ayant aucun intérêt à la conservation de ses biens. Autoriser le mari à donner à sa femme la faculté de changer de tuteur à son gré, de renouveler son option pour chaque acte, c'était supprimer, en quelque sorte, la nécessité de l'*auctoritas* du tuteur, c'était rendre, en réalité, la femme maîtresse absolue de ses biens.

CHAPITRE III

MODES D'EXTINCTION DE LA « MANUS »

Nous distinguerons les modes d'extinction de la *manus* en deux catégories : ceux qui mettent fin à la *manus* en brisant le lien conjugal, et ceux qui dissolvent la *manus* d'une manière particulière et directe.

SECTION I

Extinction de la « manus » par la dissolution du mariage.

Le mariage prenait fin à Rome par la mort de l'un des époux, par la captivité, par la servitude encourue *jure civili*, enfin par le divorce.

La dissolution du mariage par un de ces modes n'entraînait la dissolution de la *manus* que si cette puissance était exercée par le mari. Lorsqu'elle appartenait pendant le mariage au père du mari ou à tout autre de ses ascendants, la rupture du lien conjugal pour une cause personnelle au mari ne pouvait entraîner, du moins cela semble logique, la cessation de la *manus*.

Aucun texte du reste ne permet de dire que la femme ait pu obliger, dans ce cas, l'ascendant du mari à dissoudre la puissance qu'il avait sur elle. Il faut excepter cependant le cas de divorce, parce que la femme avait le droit de contraindre son époux à la libérer de la *manus*.

Lorsque la *manus* est exercée par le mari lui-même, toute cause de dissolution du mariage y met en principe fin.

La mort, en supprimant un des sujets entre lesquels cette puissance existe, éteint forcément la puissance elle-même.

La captivité et la servitude encourue *jure civili*, qui ont pour conséquence la *maxima* et la *media capitis deminutio*, ne font pas disparaître la personnalité civile, mais elles rendent la *manus* impossible.

Au sujet de l'effet de la *maxima capitis deminutio* sur l'existence de la *manus*, il se pose une question dont la solution n'est pas sans faire difficulté. Lorsque les deux époux ont été faits prisonniers ensemble, puis sont revenus également ensemble à Rome, leur mariage, en vertu du *postliminium*, est réputé n'avoir jamais cessé d'exister (l. 25. Dig. XLIX). Il en est de même de la *manus*. Mais si le mari seul a été fait prisonnier, vainement la femme serait restée au foyer conjugal, vainement l'intention réciproque chez les époux de maintenir le mariage aurait subsisté sans interruption; au retour du mari, le mariage est dissous et il ne reprend pas son existence (l. 12. § 4; l. 14. § 1, XLI 15). Pourquoi? Nous ne trouvons chez les jurisconsultes romains aucune réponse catégorique à cette question. Peut-être est ce, comme le prétendent certains auteurs, parce que le *jus postliminii* ne s'applique point au *res facti*, aux droits qui ne subsistent qu'à la condition d'un exercice constant et actuel.

Quoiqu'il en soit, quel est dans ce cas le sort de la *manus ?* Disparaît elle avec le mariage, ou bien, alors même que le mariage est dissous revit-elle en mains du mari échappé de captivité ? On a soutenu que la *manus* étant un pouvoir établi *matrimonii causa* devait subir le sort du mariage. Les Romains n'auraient jamais admis la survivance de la *manus* à la rupture du lien conjugal.

Cette affirmation se trouve démentie par ce que nous savons déjà de la *manus*. Les Romains distinguaient fort bien la *manus* du mariage et celle-ci pouvait si bien survivre à la rupture du lien conjugal que l'on se trouvait, après le divorce, dans la nécessité de la dissoudre au moyen de formalités particulières.

Il y a tout lieu de croire que le mari pouvait invoquer le *postliminium* pour recouvrer sa puissance dans les mêmes conditions que le père de famille pour recouvrer ses droits sur les enfants dont la captivité l'avait éloigné. La puissance paternelle était censée, n'avoir jamais été interrompue (Just. I. 12). L'identité de nature des deux droits semble commander une même solution.

En fait, il est à supposer que, si au retour du mari la femme était mariée ou refusait de rétablir la vie commune, elle pouvait, comme en matière de divorce, obliger le mari de retour, à la libérer de la *manus*. Seulement la *manus* ayant jusqu'alors subsisté le mari restait maître de toutes les acquisitions faites par la femme.

La *media capitis deminutio* ne donne lieu en notre matière à aucune difficulté ; elle éteint toujours la *manus* puisqu'elle enlève à l'un des époux la qualité de citoyen.

Quant à la *minima capitis deminutio*, elle amène la

dissolution du mariage, lorsqu'elle fait naître entre les époux une parenté civile formant empêchement au mariage (1). Ainsi, par exemple, quand le père du mari adopte la femme (l. 17. D. XXIII. 2). Dans ce cas la *manus* se trouve éteinte et remplacée par la puissance paternelle. Il n'en serait pas de même, si le mari était adopté par le père de la femme. La *manus* continuerait de subsister, car la femme en tombant sous l'autorité de son mari a brisé tous les liens de parenté civile qui l'attachaient à son père.

Le dernier mode de dissolution du mariage à Rome était le divorce. Le divorce paraît avoir existé de tout temps à Rome : d'après Ciceron (Philip. II. 28), la loi des XII tables en consacrait le principe, et un fragment de Gaius (l. 43. Dig. VLVIII. 5) appuie l'autorité de ce renseignement.

Mais entre deux époux unis par le lien de la *manus* le divorce était-il possible ? A l'époque de Gaius l'affirmative n'est pas douteuse. Le texte que nous avons déjà cité l'établit. (Gaius Com. I. 137).

Cependant, il paraît certain qu'à l'origine la *confarreatio* ne comportait pas le divorce. Les *nuptiæ farreatæ* du flamine de Jupiter conservent la trace de ce droit primitif, car il ne peut divorcer, même à l'époque où le divorce devint monnaie courante à Rome. « *Matrimonium flaminis nisi morte dirimi non est jus*, écrit Aulle-Gelle (N. A. X. 15. 23,) et Festus est tout aussi affirmatif. *Flamineo amicitur nubens ominis boni causa, quod eo assi-*

(1) Dans les premiers temps de Rome, les mêmes effets se produisaient dans tous les cas de *minima capitis deminutio :* le père par une mancipation pouvait briser l'agnation entre son fils et sa bru. Mais Plutarque (Numa c. 17) nous apprend que le second roi de Rome, Numa Pompilius, abolit cette faculté tyrannique.

due utebatur flaminica, id est, flaminis uxor, cui non licebat facere divortium. Dans l'histoire du mariage de Psyché avec Cupidon, Apulée, rappelant les anciennes formes du mariage, reproduit le même trait. Jupiter prononce au moment où il accomplit la cérémonie de la *confarreatio* les paroles suivantes : *Jam faxo nuptias non impares, sed legitimas et jure civili congruas,* et il ajoute : *Sume Psyche et immortalis esto, nec unquam digredeitur a tuo nexu Cupido, sed istæ vobis erunt perpetuæ nuptiæ. Sic rite convenit Psyche in manum Cupidinis* ». Enfin Denys d'Halicarnasse affirme que toute union célébrée par *confarreatio* ne pouvait se dissoudre par le divorce.

Ce caractère d'indissolubilité ne parait pas avoir appartenu à un moment quelconque aux autres formes de *conventio in manum* et la *confarreatio* ne le comporta que pendant un certain temps, puisque l'introduction de la *diffareatio,* qui paraît aussi fort ancienne, permit la rupture du mariage ainsi contracté.

Mais l'indissolubilité ne disparut pas sans laisser une trace ; le mariage avec *manus* ne put, du vivant des deux époux, se dissoudre que par la volonté du mari. Plutarque indique que c'était là l'objet d'une loi de Romulus (Quest. Rom. 22.). En admettant que Romulus ait jamais légiféré à ce sujet, il faut reconnaître cependant, qu'il y avait sur ce point tout au moins une vieille coutume nationale.

L'impossibilité pour la femme de divorcer à son gré ou suivant la volonté de son père, paraît être une conséquence logique de la *manus*. *Filiafamilias* elle ne pouvait divorcer sans l'ordre de son père ; *loco filiæ* à l'égard de son mari, elle ne peut divorcer que du libre consentement de celui-ci. Si elle abandonne, malgré lui, le foyer conjugal, le mari, qui a sur elle la puissance paternelle, pourra l'y ramener.

Le plus souvent en se mariant la femme était encore *filiafamilias*. Si elle n'avait pas rempli les formalités de la *confarreatio* ou de la *coemptio*, le père conservait la puissance sur sa fille et devait la garder, s'il empêchait l'*usus* de s'accomplir. Mais par là même il restait maître de briser son mariage soit de son propre mouvement, soit à la demande de son enfant.

Ce n'est peut-être pas qu'on lui reconnut d'abord le droit de dénoncer le divorce, mais en reprenant sa fille, il pouvait rendre impossible toute vie congugale. A cet effet, il put à l'origine revendiquer la *filiafamilias*. (L. 1, § 2. Dig. IV, I.) plus tard intenter contre le mari l'interdit de *liberis exhibendis* (L. 3, § 3, Dig. XLIII, 30); dans la suite on vit dans l'acte du *paterfamilias* un véritable divorce. (L. V. C. V. 17). Ciceron nous a conservé les vers dans lesquels une jeune femme reproche à son père l'usage qu'il a fait de ce droit.

Injuria abs te adficior indigna, pater,
Nam si improbum Chresphontem existimaveris,
Cur me huic locabas nuptiis? Sin est probus
Cur talem invitam invitum linquere cogis (1).

(1) On retrouve cette plainte touchante dans Stichus de Plaute (V. 51) pièce, dont l'intrigue porte sur cet abus de la puissance paternelle.

Neque est cur nunc studeam has nuptias mutarier,
Verum postrèmum in patris potestate est situm :
Faciendum id nobis quod parentis imperant
Scio, atque in cogitando mærore angeor ;
Nam prope modum jam ostendit suam sententiam.

Et plus loin au vers 73, Act. 1, sc. 2.

Nam olim, nisi tibi placebant, non datas oportuit,
Aut nunc non æquum est abduci, pater.

Le père conserva ce droit jusqu'à Antonin le pieux, (Paul V. 6, § 15) et peut-être jusqu'à Marc Aurèle (45, C. V. 17.).

C'est bien avec le caractère que nous indiquons, qu'apparaît pendant longtemps le mariage avec *manus*. Rome resta près de six siècles sans voir un divorce. C'était précisément l'époque où presque tous les mariages comportaient la *conventio in manum*. Les premiers exemples de divorce cités par les anciens auteurs se rapportent à des maris répudiant leurs femmes : ainsi Curvilius Ruga, Sulpicius Gallus et P. Sempronius. La loi des douze tables ne vise que la répudiation de la femme par le mari. *Illam res sibi habere jussit, ex duodecim tabulis, claves ademit, exegit.* (Cic. Philip.. 28, 69). Caton, dans son discours « *de dote* », ne fait mention que du mari : *Vir cum divortium facit, mulieri judex pro censore est.* Le mari lorsqu'il signifie le divorce agit comme juge domestique ; ce qui le prouve c'est que pour prononcer la répudiation il doit réunir un conseil de famille. S'il omet cette formalité, il sera puni. Valère Maxime. (Liv. 11, chap. IV, § 3).

Il est certain que dans les temps primitifs et sous la République, la femme n'a jamais eu les mêmes pouvoirs que le mari. Comment admettre qu'elle eût des avantages sur lui ? Or, si la femme avait pu signifier le divorce, elle eût été soustraite à l'obligation de formalités imposées au mari, ce qui est inadmissible.

Le passage du *Mercator,* de Plaute, où Syra se plaint de l'inégalité de situation de la femme et du mari, vient confirmer notre théorie.

Si vir scortum duxit, clam uxorem suam
Id si rescivit uxor, impune'st viro ;

Uxor viro si clam domo egressa' st foràs
Viro fit causa ; et exigitur matrimonio.
Utinam lex esset eadem.

Rien d'extraordinaire, du reste, dans ces unions boîteuses. Nous voyons encore, sous l'Empire, le patronat produire l'effet que la *manus* produisait jadis. La loi *Julia,* ou *Pappia Poppæa*, interdisait le divorce à l'affranchie qui avait épousé son patron ; celui-ci pouvait, au contraire, la répudier.

Ainsi, dans l'ancien droit germanique, le mari qui avait le *mundium* sur son épouse avait seul le droit de divorcer, seul il pouvait s'affranchir des charges du mariage et renvoyer l'épouse, sauf, s'il agissait sans motifs valables, à payer une amende, attribuée d'abord aux parents de la femme, puis à elle-même. Ce ne fut que plus tard, sous l'influence du droit romain, que l'on reconnut à la femme le droit de divorcer pour certains motifs déterminés. Hors ces cas, elle ne pouvait rompre son mariage, tandis que le mari le pouvait à son gré.

Ce droit s'est modifié par la suite. Gaius (I. 137) reconnaît à la femme *in manu* le droit de divorcer et, comme conséquence, d'obliger son mari à la remanciper.

Mais de ce qu'il en était ainsi au temps de Gaius, on ne saurait en conclure qu'il en ait été de même aux époques antérieures. A ce moment, la *manus* est entrée dans la période de décadence et avec les lois caducaires, le divorce est devenu d'ordre public. Les jurisconsultes proclament nulle toute convention contraire. La femme *in manu,* qui à l'origine n'avait pas le droit de répudier son mari, a acquis dans la suite un droit qui,

appartenant aux femmes engagées dans les liens d'un mariage libre, ne pouvait lui être refusé. Il y avait une tendance de plus en plus marquée à niveler les deux mariages. On s'expliquait de moins en moins l'exception au détriment des femmes soumises à la *manus*. Vers la fin de la République, lorsque les divorces se multipliaient, cette puissance devenait fort rare ; les femmes qui s'y soumettaient étaient sans contredit les plus dignes de la protection du législateur ; il n'aurait donc pu, sans injustice et sans hâter le triomphe du mariage libre, retirer aux femmes *in manu* la ressource parfois nécessaire et légitime du *repudium*. Il fallait comme conséquence leur permettre d'obliger le mari, qui par sa faute avait nécessité le divorce, à se dessaisir des droits résultant pour lui de la *manus*.

Le divorce ne suffisait point par lui-même à détruire la puissance que la *conventio in manum* avait fait naître. Il fallait donc faire usage d'une formalité spéciale. Cette formalité était la *remancipatio*, lorsque la *manus* avait été constituée par *coemptio* ou *usus*, et la *diffareatio*, lorsque la *manus* avait été établie par *confarreatio*.

SECTION II

Extinction de la « Manus » par des modes particuliers

§ I. — REMANCIPATIO.

La *remancipatio* consistait dans une mancipation ordinaire de la femme. *Remancipatam Gallus Ælius esse ait quæ mancipata sit ab eo cui in manum convenerit. (Festus* v° *remancipatio*). La *diffareatio* impliquant l'accomplis-

sement des cérémonies du *farreum,* la *remancipatio* ne pouvait s'appliquer que pour mettre fin à la *manus* établie par *coemptio* et *usus*.

La *remancipatio* avait aussi d'autres applications. Par elle, le mari, sans briser le lien conjugal, pouvait émanciper sa femme, la donner en adoption, en faire l'abandon noxal.

Lorsque le mari voulait émanciper sa femme, il devait à l'instar du père, obliger par un contrat de fiducie le tiers auquel il la mancipait à la lui retransférer afin de l'affranchir lui-même et d'acquérir par là sur elle les droits de tutelle et de succession qui appartenaient à tout *manumissor*.

Mais, lorsque la *remancipatio* était la conséquence du divorce, à qui le mari mancipait-il sa femme, et pouvait-il se réserver la faculté de l'affranchir ? Gaius, dans le texte I, 137 que nous avons commenté, semble reconnaître à la femme qui a répudié son mari, le droit d'exiger sa remancipation à une personne de son choix. Mais en serait-il de même, si le divorce était amené par le fait et la faute de la femme ? Aucun renseignement ne nous permet de répondre à cette question. Peut-être la femme devait-elle en ce cas être remancipée aux agnats de sa famille d'origine : ceux-ci auraient ainsi en affranchissant la femme recouvré leurs droits de tutelle et de succession (1).

§ 2. — DIFFAREATIO.

Lorsque la *manus* avait été établie par la *confarreatio* elle ne pouvait être dissoute que par la *diffareatio* à la

(1) V. Hase, p. 107 et s.

suite de nouvelles cérémonies religieuses qui étaient en quelque sorte la contre partie de celles qui avaient été célébrées lors du mariage.

Nous ne possédons que fort peu de renseignements sur la *diffareatio* (1). Festus (v° *diffareatio)* se borne à dire que cette cérémonie tire son nom du pain de froment qui figurait au sacrifice. On en a cependant reconstitué les traits principaux. Le mari et la femme se réunissaient pour la dernière fois devant l'autel du foyer domestique ; des prêtres et des témoins les assistaient ; comme dans la confarreation, on leur offrait un pain de fleur de froment, mais, au lieu de le recevoir et de le partager ensemble, ils le repoussaient ; au lieu de prières, ils prononçaient, dit Plutarque (quest. rom. 50), des formules étranges, haineuses, effrayantes, comme une malédiction par laquelle la femme renonçait aux dieux et au culte du mari ; dès lors le lien religieux était rompu, la *manus* n'existait plus.

Le caractère de la *diffareatio* démontre, quoiqu'il n'y ait aucun texte à ce sujet, qu'elle ne pouvait être employée, en dehors du divorce, pour émanciper, par exemple, la femme ou la donner en adoption. Elle ne pouvait intervenir qu'après la rupture du mariage.

Il est difficile de dire quelle situation la *diffareatio* faisait à la femme. Rentrait-elle sous la puissance de son père ou sous la tutelle de ses agnats, ou devenait-

(1) Il importe de remarquer que certainement la *diffareatio* ne fut pas à Rome d'un usage fréquent. En effet, lorsque les divorces commencèrent à se répandre, la *confarreatio* déjà déclinait pour marcher rapidement à une disparition presque complète. D'autre part, elle n'était plus guère employée que par des familles destinées aux sacerdoces, ainsi les flamines, et là, le mariage était indissoluble.

elle *sui juris* ? Si elle devenait *sui juris* à qui appartenait sa tutelle ? Il est impossible de répondre avec quelque certitude à ces questions et mieux vaut, au lieu de forger des hypothèses, se résigner à ignorer ce que l'on n'a pas découvert.

CHAPITRE IV

DE LA CONDITION DE LA FEMME « IN MANU » ET DE LA CONDITION DE LA FEMME DANS LE MARIAGE LIBRE

Nous savons quelle était légalement la condition de l'épouse *in manu*. Il semble à première vue que sa situation n'est pas aussi avantageuse que celle de la femme unie en mariage libre. Celle-ci, maîtresse de ses biens, à l'exception de ceux constitués en dot, maîtresse de sa personne, semble distancer la femme *in manu* de tout l'intervalle qui sépare l'esclavage de la liberté. Accepter sans restriction cette opinion, serait se faire une idée fausse de la condition réelle de l'épouse dans l'un et l'autre cas.

Pour que la *manus* se soit maintenue pendant des siècles, il a fallu forcément qu'elle présentât des avantages réels sur les autres formes de mariage et qu'elle s'adaptât d'une façon plus parfaite à l'organisation sociale de son époque. Il est indéniable que la *manus* a été un progrès dans l'évolution du mariage. Elle a d'abord donné une forme à l'union de l'homme et de la femme : elle l'a en quelque sorte ennoblie et sanctifiée en faisant intervenir

la société, par ses témoins, les divinités, par les prêtres et les cérémonies religieuses. En même temps, elle a amélioré la condition de la femme qui, primitivement sorte d'esclave soumise au bon plaisir du mari, trouve des garanties dans la loi et devient pour lui une vraie compagne partageant ses travaux, initiée à son culte.

Nous ne saurions cesser de le répéter : dans une étude qui embrasse plusieurs siècles, alors que l'on suit une institution qui, sortie, comme toutes du reste, d'une nécessité sociale, se développe tant qu'elle conserve son utilité pour disparaître son rôle une fois rempli, on ne peut poser de principe absolu. Le jugement sur les avantages d'une telle institution variera suivant la période que l'on embrassera du regard. Or, c'est d'une vue d'ensemble que nous devons nous préoccuper.

Lors de son établissement, le mariage avec *manus* devait forcément entraîner de réels avantages. Nous les avons suffisamment indiqués pour n'avoir pas à y revenir.

Cette forme de mariage fut tout d'abord employée par les grandes familles aristocratiques de Rome, par celles où la femme romaine, essentiellement orgueilleuse, était disposée à défendre sa situation. La patricienne n'eut jamais consenti à avoir, comme épouse, une situation inférieure à celle de la plébéienne unie sans *manus*. Les parents n'eussent pas accepté pour leur fille une semblable déchéance.

Lorsque le mariage avec *manus* a atteint son plein développement, et qu'il est devenu une institution commune à tous les ordres de citoyens, présente-t-il sur les autres modes d'union, des différences qui constituent des désavantages pour la femme qui s'y était soumise ?

A Rome les filles se mariaient fort jeunes. Elles étaient donc le plus souvent sous la puissance paternelle. Si, par exception, elles étaient *sui juris*, elles se trouvaient sous la tutelle perpétuelle de leurs agnats. Cette tutelle alors sérieuse, basée uniquement sur l'intérêt devait être pour la femme plus dure encore que la rigueur paternelle. Il est donc inexact de dire que la femme en se soumettant à un mari abdiquait son indépendance. Ne vaut-il pas mieux pour elle, si pendant toute sa vie elle doit être subordonnée à la volonté de quelqu'un, avoir un maître qu'elle s'est choisi? La *manus* étant exclusive de toute autre puissance, la délivrait du pouvoir de son père ou de ses tuteurs et la personne qui désormais devait avoir action sur elle était un mari dont l'affection adoucissait la sévérité, quand l'amour n'en faisait pas l'instrument docile des volontés de sa femme.

Lorsque, au contraire, la femme au lieu de se trouver *in manu mariti* était seulement engagée dans les liens d'un mariage libre, son père conservait tout pouvoir sur elle. Il avait même la faculté d'envoyer à son gendre le *repudium* contre le gré de sa fille. Celle-ci venait-elle à commettre une faute grave, le soin de convoquer le conseil de famille et de le présider incombait sans nul doute au père. Cependant le mari par le seul effet des *justes noces*, devait acquérir un certain pouvoir sur sa femme (1). Maître incontesté dans sa maison, il est inadmissible que sa femme échappât entièrement à son autorité. De ce partage d'attributs entre le mari et le

(1) Elle lui doit certains services domestiques : Le patron, dit Hermogenien (loi 48. Dig. ; XXXVIII, I), qui a consenti au mariage de son affranchie perd tout droit à ses services, car elle les doit désormais à son mari.

père devaient naître des conflits dont se ressentait la bonne harmonie du ménage.

Relativement aux biens quelques mots suffisent pour indiquer les différences qui séparent la situation de la femme *in manu* de celle de la femme dans le mariage libre. La première acquiert pour son mari. La seconde garde au point de vue pécuniaire la situation qu'elle possédait avant le mariage. Rien n'est changé dans les rapports des deux époux ; chacun conserve son individualité et son patrimoine ; ils ont action l'un contre l'autre pour les dommages qu'ils peuvent se causer. (Dig. *ad legem aquiliam*, loi 27, § 30). Ils peuvent passer entre eux toutes sortes de contrats, vente, louage, donation, etc... (Dig. *de don. int. vir et uxor*. Loi 5 § 5. — Loi 31 § 4. — Loi 52).

La femme était-elle soumise à la puissance d'un père, elle continue à acquérir pour lui sans que ni le mari ni ses enfants aient droit à la moindre parcelle de ces biens. Etait-elle *sui juris*, elle reste à la tête de sa fortune et l'administre comme par le passé avec l'*auctoritas* de son tuteur. Il n'y a d'exception que pour les biens qu'elle s'est constitués en dot. Ceux-là sont la propriété du mari. En cas de décès elle a pour héritiers ses plus proches agnats, son père, ses frères et sœurs.

Ne doit-elle pas préférer voir ses biens revenir à son mari et à ses enfants ? Dans le cas fort rare où elle était *sui juris* au moment de son mariage, n'y a-t-il pas encore une satisfaction voulue par la femme dans l'abandon de ses biens à la famille qu'elle fonde.

On le voit, la *manus*, en réalité, ne présente pour la femme elle-même aucun inconvénient. Elle est toujours soumise à quelqu'un, elle acquiert toujours pour quelqu'un. A la vérité, elle perd ses droits dans la succession

de son père, mais elle reçoit en compensation une dot et de plus elle acquiert des droits de succession identiques dans la famille de son mari, dont elle devient l'héritière. Elle acquiert aussi des droits à la succession de ses enfants et elle peut nourrir l'espoir, si, faiblement dotée, elle entre dans une famille riche et puissante, de se trouver un jour à la tête d'une fortune importante.

Il ne faut cependant pas expliquer par les avantages pécuniaires que peut présenter la *manus*, la faveur dont cette institution a joui pendant des siècles. Le soin des intérêts pécuniaires ne paraît en aucune façon avoir guidé les législateurs primitifs. Ils ont obéi à des idées plus élevées. Ce sont les croyances religieuses et surtout le désir d'assurer le bonheur ou tout au moins le repos de l'homme dans la vie future qui ont présidé à l'organisation de la famille antique. « La compa-« raison des croyances et des lois, écrit M. Fustel de « Coulanges (1), montre qu'une religion primitive « a constitué la famille grecque et romaine, a établi le « mariage et l'autorité paternelle, a fixé les rangs de la « parenté, a consacré le droit de propriété et d'héri-« tage ». C'est, suivant l'expression de Me Esmein (2), « dans la conception même du mariage », qu'il faut chercher la raison d'être de la *manus*.

Le mariage avec *conventio in manum* aurait été considéré primitivement comme une union supérieure au mariage libre jusque là existant. Il eut tout d'abord et

(1) M. Fustel de Coulanges. Cité Antique, p. 4.

(2) Me Esmein. La *manus*, la paternité et le divorce dans l'ancien droit romain. *Revue générale de droit, de la législation et de la jurisprudence*, tome VII.

seul constitué les *justæ nuptiæ*, le mariage proprement dit. Cette hypothèse fort probable repose sur ce fait par nous déjà admis que la *confarreatio* a été le mode le plus ancien de *conventio in manum*. Il était nous le savons réservé aux patriciens. Or, le patricien est celui qui *patrem ciere potest*, celui qui seul, d'après les textes de Denys d'Halicarnasse et de Plutarque, a un père certain et légitime. Les plébéiens, à qui cette forme de mariage était inaccessible, n'auraient pu par conséquent à cette époque contracter des *justæ nuptiæ*. Ils auraient vécu dans des unions analogues au concubinat des temps postérieurs : les enfants plébéiens, aux yeux de la loi auraient eu une mère et point de père, des cognats et point d'agnats. Le mariage n'aurait produit des effets identiques pour les deux ordres au point de vue de la filiation légitime et de l'agnation que lorsque la *manus* devint accessible à la plèbe. La convention *in manum* aurait donc été la condition essentielle des *justæ nuptiæ* et constituant ainsi le mariage légitime on s'expliquerait la faveur dont elle jouit auprès des Romains.

A l'appui de cette opinion, on invoque la formule d'adrogation dont le texte nous a été conservé par Aulu-Gelle : « *Velitis, jubeatis, Quirites, uti Lucius Valerius* « *Lucio Titio tam jure legeque filius sibi siet, quasi si ex eo* « *patre matreque familias ejus natus esset, utique ei vitæ* « *necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est, hæc* « *ita uti dixi, ita vos, Quirites, rogo.* » L'épouse dont les enfants tombent sous puissance paternelle est ici appelée *materfamilias*. Or, dans le vieux langage seule l'épouse *in manu mariti* est appelée *materfamilias*. Tout autre n'a que le titre d'*uxor*. D'où cette conclusion que la formule de l'adrogation s'applique à une époque où seuls étaient légitimes et soumis à la puissance paternelle

par droit de naissance, les enfants issus d'une union accompagnée de *conventio in manum*.

De très bonne heure, cependant, puisque la loi des XII tables consacre ce droit, les Romains admirent que, même sans *conventio in manum*, le mariage produirait le principal effet des *justæ nuptiæ*, la filiation légitime et la *patria potestas*. Il nous paraît difficile d'admettre que ce soit là l'effet d'un progrès de l'esprit juridique qui dorénavant distingue le mariage de la puissance maritale. L'opinion émise par M. Bernöft nous paraît plus conforme à la réalité. Le mariage libre qui se fait enfin légalement reconnaître serait une vieille coutume de la population autochtone qui, après la conquête, forma la classe inférieure de la société ; il se serait maintenu dans le bas peuple jusqu'au jour où, l'élément inférieur gagnant du terrain, il monta au même rang que le mariage avec *manus* qu'il était destiné à refouler.

On s'explique ainsi la défaveur marquée pour le mariage libre jusqu'aux derniers jours de la République. Il répugne aux anciennes familles romaines, fidèles encore à leurs traditions, et désireuses de maintenir leur puissance par la cohésion de tous leurs membres.

Le mariage avec *manus* représentait alors au regard de la société romaine la seule union qui fût conforme à l'idéal vrai du mariage. C'est à lui que s'applique plus exactement la définition donnée par Modestin à l'époque classique (L. I. D. XXIII, 22). *Consortium omnis vitæ, divini at que humani juris communicatio*. Une telle définition impliquait virtuellement l'indissolubilité et la monogamie du mariage. C'est bien ainsi que comprenaient le mariage avec *manus* les anciens Romains et alors même que les *justæ nuptiæ* avec ou sans *manus* produisent le même effet au point de vue de la filiation, une différence profonde les sépare au point de vue de la

manière dont pouvait se rompre le lien conjugal, au point de vue du divorce.

Le mariage avec *manus* était, nous le savons, difficilement résoluble. L'union sans *manus* correspondait à l'idée que fait naître l'expression de mariage libre employée pour le désigner par les interprètes. C'est cette différence, qui, en faisant des *justæ nuptiæ* un mariage plus durable et, partant, supérieur aux autres formes d'union, lui a conservé pendant si longtemps la faveur du peuple romain.

Rien n'était plus fragile, au regard du mari, que le mariage libre et l'on comprend que l'homme soucieux de contracter une union sérieuse adoptât le mariage avec *manus*. Le père dépossédé de sa puissance ne peut plus arracher sa fille à son gendre et rompre le mariage, en notifiant lui-même le *repudium*. La femme *sui juris* n'a plus la liberté de divorcer au gré de ses caprices.

Pour la femme, également, le mariage avec *manus* présentait des garanties de durée autrement sérieuses que le mariage libre. Le mari, s'il ne voulait s'exposer à la censure et à des peines pécuniaires devait, avant d'envoyer le *repudium* à sa femme, obtenir l'assentiment du Conseil de famille. De plus, si la *manus* avait été établie par *confarreatio*, il fallait recourir aux formalités de la *diffarreatio* et se soumettre à des expiations religieuses. Dans le mariage libre, au contraire, il suffit, pour rompre le lien conjugal, d'un mot du mari transmis sans autre cérémonie à la femme par un affranchi ou un esclave.

Collige sarcinulas, dicet libertus, et exi (1).

(1) Juvénal. Sat. VI, vers 114.

« Le mariage sans *manus*, c'est l'union libre comme « on dirait de nos jours, écrit M. Esmein (1). Les « traits qu'il montre sous l'Empire, il dut les avoir « toujours ; il n'est parlé d'aucune loi qui ait introduit « ce divorce effréné et écarté d'anciennes restrictions. »

La femme *in manu* n'a obtenu la faculté de divorcer que le jour où la liberté du divorce s'est imposée comme un principe d'ordre public, mais jusqu'à cette époque, c'est-à-dire jusqu'aux derniers temps de la République, le mariage avec *manus* a été considéré comme le seul mariage normal, sérieux et durable. Seul, il donnait à la femme la plénitude de la dignité d'épouse le titre de *materfamilias*, la parenté civile avec ses enfants. Tous ces avantages échappaient à la femme dans le mariage libre. Simple *uxor* elle n'était en quelque sorte qu'un hôte de passage au foyer conjugal.

Il semble qu'en abdiquant toute indépendance la femme devenait, aux yeux des Romains, plus recommandable et plus digne d'égards. Sa complète soumission à l'autorité du chef de famille, rendait plus étroit le lien qui unissait la femme à son mari et assurait la parfaite harmonie du ménage. Aussi, les littérateurs qui écrivent à l'époque où la *manus* se trouvait en vigueur, font un tableau séduisant de l'union et de l'entente qui régnaient entre les époux : *Erat summa reverentia cum concordia et diligentia mixta, flagrabatque mulier pulcherrima diligentiæ æmulatione, studens negotia viri cura sua majora atque meliora reddere. Nihil conspiciebatur in domo dividuum, nihil quod aut maritus aut femina proprium esse juris sui diceret ; sed in commune conspirabatur ab utroque, ut cum forensibus negotiis matronalis sedulitas,*

(1) M. Esmein, *op. cit.*

industriæ rationem parem faceret. Columelle. De re rust XII proœm.

L'épouse romaine n'est point enfermée dans un gynécée comme la femme grecque. Sa situation est plus élevée, quoique moins indépendante. Elle est une compagne véritable, associée à la vie active de son époux, prenant part à toutes ses affaires. Elle est consultée lors du mariage de ses enfants et toutes les fois que les intérêts de sa famille sont en jeu ; elle est exempte de tout travail servile, de la mouture, de la cuisine. Elle se tient dans l'*atrium*, la principale pièce de la maison et là, au milieu de ses enfants et de ses servantes qu'elle surveille, elle s'occupe à filer et à tisser. *Domum servavit*, *lanam fecit*, disent les épitaphes. Objet du respect de tous les membres de sa famille y compris son mari, elle est appelée *domina*. (Ovid. Trist. IV, 3-9. — Dig. XXXII, 1-41, princ.). Le jour des matronales, le premier mars, la famille entière lui apporte ses souhaits et des présents. Elle prend place aux repas et sa présence impose la retenue dans les entretiens et les manières. Elle ne sort qu'au su de son mari, et dans la rue, vêtue de la *stola matronalis*, le costume décent de la femme mariée, elle est assurée de tous les égards. On ne peut la toucher, même pour la citer en justice où elle a cependant le droit de comparaître, soit comme témoin, soit pour intercéder en faveur d'un parent. (Ulpien, I. III. 1, § 5). Elle assiste à toutes les cérémonies publiques, aux repas solennels, aux spectacles, aux fêtes religieuses. A ses funérailles, on l'honore d'une *laudatio* où sont rappelées ses qualités domestiques, sa vie de dévouement et de fidélité.

CHAPITRE V

DISPARITION PROGRESSIVE DE LA « MANUS »

Il ne faut pas chercher ailleurs que dans la transformation du caractère de la femme romaine, dans les modifications des mœurs, les causes de disparition de la *manus*. Les mouvements sociaux précèdent les lois plutôt qu'ils ne sont dirigés par elles. Il en est ainsi surtout de celles qui intéressent l'organisation de la famille. Si les mœurs sévères de la femme romaine et la considération dont elle était entourée eurent pour effet de maintenir fort longtemps intact la sainteté du mariage, leur exagération même finit à la longue par devenir incompatible avec le bonheur conjugal. Il manque à la femme romaine la grâce et la soumission aimante de la femme grecque. La grande conscience qu'elle a de sa propre valeur lui inspire des idées d'orgueil, de domination et d'indépendance qui devaient tôt ou tard ruiner la vieille souveraineté du chef de famille. Elle est facilement fière de sa naissance noble, de sa situation de fortune, du rang élevé qu'elle tient de son mari. Avide de marques de considérations et de déférence qui flattent son orgueil, elle parade volontiers en équipage pompeux, suivie de nombreux esclaves attachés à sa personne, en riche toilette et couverte de bijoux d'or et de perles. D'autres considérations psycho-

logiques tirées des rapports conjugaux des époux peuvent encore servir à expliquer la chute de la *manus* et la désagrégation qui se produit dans la famille romaine, dont cette institution avait été la base. Par son caractère, la femme romaine inspirait à son époux plutôt le respect que l'amour. « Et comme, écrivent MM. Mommsen et Marquart (1), il paraissait absolument licite, « jusqu'au mariage, d'entretenir une liaison ou même « de chercher le plaisir dans les relations passagères, le « mariage qui contraignait le jeune homme à sacrifier « aux vues des parents et à des considérations de fortune une affection chère et profonde était, en tous « cas, un parti extrême auquel le déterminait, soit le « sentiment du devoir, soit aussi l'espoir d'une belle « dot. Tant qu'il garda conscience de ce devoir, que « l'autorité du père de famille demeura entière, la vie « simple et les mœurs austères, les mariages ainsi conclus furent paisibles et offrirent des chances de « bonheur ; mais quand l'unité de la maison périclita, « que chaque membre de la famille revendiqua sa personnalité, il fallait, pour que l'union subsistât, que « l'autorité disparue fût remplacée par une libre réciprocité de devoirs et une affection mutuelle ». L'homme ignorait ces sentiments, la femme était incapable de les inspirer. De là à la ruine complète de la famille, il n'y avait qu'un pas, il fut vite franchi. La vie commune devenue intolérable rendit fréquents l'infidélité et le divorce.

L'accroissement rapide de la richesse, les idées nouvelles importées de Grèce, les cultes étrangers, qui

(1) Mommsen et Marquart. *Manuel des Antiquités Romaines.* Tome XIV. Ed. de 1892.

viennent détruire la religion domestique, contribuèrent, en transformant l'éducation et les mœurs de la femme, à développer chez elle des désirs d'égalité et d'indépendance incompatibles avec l'institution que nous étudions.

Dès la fin des guerres puniques, les mariages libres deviennent de plus en plus nombreux. La *manus* donnait à l'époux la propriété absolue de tous les biens de la femme. Elle supposait l'irrévocabilité du mariage. Lorsque par suite de la fréquence des divorces, le mariage, même avec *manus*, ne se trouva plus être qu'un lien passager, la femme dut songer à sauvegarder sa situation. Il lui importait d'empêcher que son mari pût, en la répudiant, conserver tous les biens qu'il avait reçus d'elle à l'occasion du mariage. Pour éviter ce danger, elle contracte une union libre et elle adopte un nouveau régime de biens, le régime dotal, qui, en cas de dissolution, lui permettra de retrouver intact son patrimoine et durant le mariage donnera pleine satisfaction à ses idées de domination et d'indépendance. La femme pouvait en effet, à chaque instant, par un brusque divorce, exiger la restitution de sa dot, et le mari qui, pour échapper à cette obligation, se pliait à ses volontés, pouvait à bon droit s'appliquer les paroles que Plaute place dans la bouche de ses personnages.

Dotalem servum sauream uxor tua
Adduxit, cui plus in manu sit quam tibi
Argentum accepi, dote imperium vendidi.

(Asin. Act. I, sc. 1).

Nam quæ indotata'st, ea in potestate est viri ;
Dotatæ mactant et malo et damno viros.

(Aul. Act. III, sc. 5).

La richesse en mains des femmes devint si considérable que l'Etat se vit contraint d'intervenir. La loi *Cincia* édictée vers l'an 500 renferma les donations dans d'étroites limites. La loi *Voconia* (585) défendit à tout citoyen riche de 100.000 as d'instituer une femme héritière. On voulut par la loi *Appia* et par les autres lois somptuaires mettra un frein au luxe des femmes. Les lois *Julia* et *Pappia Poppæa* essayèrent par des pénalités civiles d'opposer un obstacle au désordre des mœurs. Toutes les mesures législatives furent inutiles. Dès la fin de la République, la société romaine présente le décourageant spectacle de l'oubli complet des devoirs de famille. Le peintre a peut-être parfois forcé la note; il y eut encore quelques mariages heureux, ainsi qu'en témoigne ça et là une épitaphe reconnaissante. Mais la généralité des familles s'est laissé gagner par la corruption. La femme riche et indépendante ne connaît plus de frein.

Nil non permittit mulier sibi, turpe putat nil.

Dès cette époque les divorces deviennent et plus fréquents et plus faciles; il n'est besoin d'aucun motif grave, la simple déplaisance suffit : « Femme vous mouchez trop. Partez au plus vite. Nous attendons un nez moins humide que le vôtre. » Juven. sat. X.

Paul Emile, après une longue union répudia, sans motif connu, Papia, mère de Scipion. Cicéron se sépara de ses deux épouses également sans motif ; Tullie, sa fille, se maria trois fois; Ovide et Pline le jeune se marièrent trois fois, César et Antoine quatre, Sylla et Pompée cinq ; une épitaphe de l'Empire porte la mention d'une septième épouse ; Sénèque reproche aux femmes

de compter les années non par le nombre des consuls, mais par le nombre de leurs maris, et les satiriques parlent de dix mariages consécutifs (Juv. VI, 224.)

Il serait injuste d'imputer aux femmes seules l'entière responsabilité de la ruine du mariage avec *manus*. Les hommes montrèrent bientôt une certaine répugnance à se soumettre à un mariage durable ou tout au moins difficile à rompre. Ils préféraient l'union libre que le caprice noue et dénoue sans difficultés. Un censeur, Metellus le numique, en fait l'aveu du haut de la tribune. « Si « nous pouvions être sans femmes, nous serions sans « chagrin ; mais puisque la nature a voulu qu'on ne « pût pas vivre sans elles, il faut songer à la perpétuité « de la race plutôt qu'au plaisir d'un moment. »

Les mœurs en s'affinant rendirent de plus en plus intolérable le frein du mariage. Le désir de vivre dans le luxe faisait reculer devant les dificultés d'élever suivant son rang une famille nombreuse. De ce côté encore, les mesures prises par les censeurs, les pénalités dont on frappe ceux qui ne vivent point en légitime mariage, les lois d'Auguste, les lois Julia, ne purent rien modifier ni arrêter.

Le Christianisme, qui venait apporter au monde ses doctrines régénératrices, eut aussi son influence sur la chute de la *manus*. La religion nouvelle, en complétant la ruine des antiques croyances et des vieux *sacra privata*, devait forcément amener la disparition complète de la *manus*. La *coemptio* elle-même qui, cependant, ne reposait sur aucune croyance, cessa d'être en usage chez les adeptes des doctrines chrétiennes. A mesure, dit Troplong (*Infl. du Christ, II, Ch. X*), que le nombre « des chrétiens devenait plus considérable, les maria- « ges se célébraient de plus en plus avec les cérémonies

« du nouveau culte, et, dès l'instant que la religion « les avait revêtus de son sceau, on aurait cru douter « de la plénitude de sa puissance, si on y avait ajouté « les formules de la *coemptio*, fortement soupçonnées « de paganisme. »

Telles furent les causes, de jour en jour plus puissantes, qui amenèrent peu à peu la chute de la *manus*. Les divers modes de *conventio in manum* ne disparurent pas ensemble. L'*usus* fut le premier abandonné; à l'époque de Gaius, il n'était plus qu'un souvenir; la *confarreatio*, de moins en moins employée, n'était plus usitée que dans certaines familles sacerdotales avec des effets restreints. La *coemptio* seule appartenait réellement au domaine pratique.

Avant sa disparition, la *manus* subit une importante transformation. Sous les efforts des jurisconsultes désireux de donner satisfaction aux mœurs nouvelles, cette institution, qui, à l'origine, était l'une des bases fondamentales de la famille, devait, selon la remarque de M. Gide, servir à couronner la chute des pouvoirs domestiques et l'affranchissement de la femme. De même que l'on avait fait usage de la mancipation du fils ou de la fille de famille pour permettre au père de les émanciper ou de les donner en adoption, de même les jurisconsultes employèrent la *manus* pour échapper au rigorisme des lois surannées qui régissaient encore, en droit, mais non en fait, la condition de la femme. On admit que celle-ci, qui, jusqu'alors, n'avait pu être soumise qu'à la *manus* de son époux, pourrait tomber sous la *manus* d'un citoyen quelconque. Cette *manus* reçut le nom de *manus fiduciæ causa*. — Gaius, I, 114.

CHAPITRE VI

MANUS FIDUCIAIRE

La *manus fiduciæ causa* ne pouvait s'appliquer qu'à la femme *sui juris*. La *coemptio* était le seul mode employé pour l'établir. Les deux autres modes de constitution de la *manus* ne pouvaient s'y prêter, la confarréation impliquant nécessairement le mariage et l'*usus* la cohabitation.

La *coemptio fiduciaire* produisait tous les effets de la *coemptio* faite *matrimonii causa*. « *Sed mulieres quæ* « *coemptionem fecerunt per mancipationem, potestate parentis* « *liberantur : nec interest, an in viri sui manu sint an* « *extranei, quamvis hæ solæ loco filiarum habeantur quæ* « *in viri manu sunt* ». Gaius. I. 136.

On employait les mêmes formules que dans la *coemptio* faite pour cause de mariage. Il y avait lieu aux mêmes solennités. La présence et le consentement des tuteurs étaient exigés, car la femme était ainsi libérée de la tutelle des agnats.

Cependant cette *manus* n'était pas sérieuse, c'était une simple formalité et une fois émancipée par la personne de son choix, à laquelle le *coemptionator* l'avait

remancipée, elle recouvrait sa liberté et ses biens. En effet, le citoyen à qui la femme se donnait par *coemptio* (le *coemptionator*) s'engageait par un contrat de fiducie à à manciper immédiatement la femme à un autre citoyen, qui lui-même, en vertu d'un autre contrat de fiducie, l'affranchissait *vindicta*. Le premier lui restituait alors ses biens en exécution du contrat de fiducie intervenu entre lui et la femme. Un double mécanisme était nécessaire. La femme ne pouvait se placer directement sous le *mancipium* d'un citoyen, se mettre elle-même *loco servi*. D'autre part, le père seul avait le pouvoir de vendre ses enfants et la *manus*, en conférant au mari une puissance identique à celle du père, lui donnait le même droit.

Comme dans notre hypothèse la femme ne peut être que *sui juris*, il fallait forcément avoir recours à la *manus* pour arriver à la vente de la femme. On employait donc d'abord la *coemptio*, qui donnait naissance à la *manus*, pour créer ensuite, par la mancipation faite par le *coemptionator* au profit d'une tierce personne, une puissance de la nature de celle du maître sur l'esclave. Ulpien. (1). Celle-ci pouvait se détruire directement par une *manumissio*.

La *manus fiduciæ causa* reçut trois applications, mais dans toutes ces applications, le mécanisme était le même. Les cas dans lesquels il était fait emploi de cette *manus* nous sont indiqués par Cicéron et Gaius.

(1) Ulpien. Reg. Tit. XI § 5. *Qui liberum caput, mancipatum sibi vel a parente vel a coemptionatore, manumisit, per similitudinem patroni tutor efficitur, qui fiduciarius tutor appelatur.*

SECTION I

Coemptio tutelæ evitandæ causa.

Gaius 1. 115 définit cette *coemptio: Quod est tale: si qua velit quos habet tutores reponere, ut alium nanciscatur, üs auctoribus coemptionem facit ; deinde a coemptionatore remancipata ei cui ipsa velit et ab eo vindicta manumissa incipit eum habere tutorem a quo manumissa est ; qui tutor fiduciarius dicitur.*

L'ancien droit voulait que les femmes qui n'étaient pas en puissance de leur père ou de leur mari fussent soûmises à la tutelle de leurs agnats ou du citoyen que leur père ou mari avait désigné par testament. C'était un moyen d'assurer la conservation des biens dans la famille agnatique et la continuation du culte domestique. Mais dès la fin de la République, les vieilles croyances tombaient en désuétude et les femmes, marchant à grands pas vers l'indépendance, cherchaient par tous les moyens possibles à échapper à une tutelle qui, n'ayant plus de raison d'être, n'en pesait pas moins durement sur elles, surtout lorsqu'elle était légitime, c'est-à-dire en mains de leurs agnats.

La femme qui se trouvait soumise à cette tutelle, pouvait donc avoir intérêt à la remplacer par une tutelle de son choix. La *manus* s'offrit comme un moyen pouvant permettre cet échange. La femme, avec l'*autoritas* de ses tuteurs actuels, se soumettait à la *manus* d'un citoyen, son mari ou un tiers. La tutelle légitime se trouvait éteinte. Le citoyen qui avait ainsi la femme en sa puissance, la mancipait à une personne qu'elle dési-

gnait et qui, en vertu d'un contrat de fiducie, l'affranchissait *vindicta* et devenait son tuteur *fiduciaire*.

La femme qui était soumise à une tutelle *fiduciaire* se trouvait dans une indépendance de fait presque absolue vis-à-vis de son tuteur. Ayant le choix, elle n'appelait à ces fonctions qu'une personne dont elle s'était assuré le concours complaisant. D'autre part, il est probable que le préteur pouvait, en toute occasion, obliger le tuteur *fiduciaire* à donner son *auctoritas*. Il en était déjà ainsi à l'époque de Cicéron qui, dans son plaidoyer *pro Murena* raille cette sorte de tutelle: « *Mulieres omnes propter* « *infirmitatem consilii majores in tutorum potestate esse* « *voluerunt; sic invenerunt genera tutorum qui in potestate* « *mulierum contineretur.* »

On s'est demandé si les tuteurs qu'il s'agissait de remplacer pouvaient être contraints à donner leur *auctoritas* à la *coemptio* de la femme. Les §§ 190 et 192, L. I des Commentaires de Gaius paraissent trancher affirmativement cette question. Les tuteurs, même ceux légitimes, ne peuvent plus, en présence de raisons majeures, refuser leur *auctoritas* pour une mancipation à effectuer ou une obligation à contracter. Aussi est-il permis de croire que le préteur intervenait pour contraindre les tuteurs légitimes à assister et autoriser la femme qui voulait faire *coemptio* ; car la *coemptio* n'est qu'une mancipation dans laquelle la femme joue le rôle de venderesse et le mariage de la femme lorsqu'il venait à être entravé par l'avidité des tuteurs semble bien être une de ces raisons péremptoires, devant lesquelles le prêteur pouvait faire céder la vieille autorité des agnats et des parents émancipateurs (1). A l'appui de cette opi-

(1) Contrà. M. Bry. *Principes de droit romain*, p. 125.

nion, on peut encore citer le § 115 des *Commentaires* I de Gaius : *Si qua velit quos habet tutores reponere.....* Le jurisconsulte indique bien qu'il suffit de la volonté de la femme et ne fait aucune distinction entre les diverses catégories de tuteurs (1).

SECTION II

Coemptio testamenti faciendi causa.

Le droit romain avait posé en principe, que les femmes ne pouvaient tester avant d'avoir rompu par une *capitis deminutio* tous les liens d'agnation qui les rattachaient à leur famille. Cicéron fait allusion à cette règle lorsqu'il écrit : *Si ea mulier testamentum fecit quæ se capite nunquam deminuit, non videtur ex edicto prætoris secundum eas tabulas possessio dari.* (Topiques n° 4). Gaius l'indique plus clairement encore au § 115[a] de son premier commentaire : *olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciara fiebat coemptio : tunc enim non aliter feminæ testamenti faciendi jus habebant, exceptis quibus dam personis, quam si coemptionem fecissent remancipatæque et manumissæ fuissent. Sed hanc necessitatem coemptionis faciendæ ex auctoritate divi Hadriani senatus remisit.*

La Rome aristocratique dans son désir de maintenir l'unité de patrimoine, avait voulu que la femme ne pût disposer de ses biens au détriment de sa famille ; mais le jour où la femme avait rompu tous ses liens avec sa

(1) V. M. Accarias, t. I n° 121. — Hase., *op. cit.* p. 141. — De Fresquet, *op. cit.* p. 153.

famille naturelle, il n'y avait plus de motif pour l'empêcher de distribuer son patrimoine à qui bon lui semblait, d'autant plus que c'était lui permettre, en testant en faveur de ses agnats, de faire retourner à sa famille des biens qui sans cela lui eussent échappé.

Les premières formes de testament étaient absolument inaccessibles aux femmes ; ainsi le testament *calatis comitiis* ou *in procinctu*. (Gaius, II, 101). Mais lorsque s'introduisit la forme de testament *per æs et libram* et que l'on permit à l'esclave affranchie de tester avec l'*auctoritas* de son patron, il n'y avait qu'à mettre la femme ingénue dans une situation analogue à celle d'une affranchie, pour lui donner le même droit. Pour arriver à ce résultat, la femme ingénue faisait *coemptio* avec un tiers qui, en exécution du pacte de fiducie la mancipait à un citoyen désigné, par lequel elle était ensuite affranchie.

La femme subissait ainsi une *capitis deminutio* qui brisait tous ses liens d'agnation et lui permettait, avec l'autorisation du tuteur complaisant qu'elle s'était choisi, de disposer librement par un testament de son patrimoine. Le même droit dut appartenir à toute fille ou femme qui n'avait ni agnats, ni gentils ou qui avait subi une *minima capitis deminutio* quelconque. Cette hypothèse se justifie par le texte de Cicéron déjà cité et par les §§ 118, 119 et 120 du Com. II de Gaius.

Le paragraphe 115 du Comment. I indique que certaines femmes, par exception, n'avaient nul besoin de *coemptio* pour arriver à tester. Le nombre de ces personnes paraît très limité, Gaius (III, § 43) cite les affranchies, qui pouvaient tester avec l'autorisation de leur patron, et Aulu Gelle (Nuits attiques, 1, 12, § 9) les Vestales. Il faut probablement ajouter encore les filles

émancipées. Aussi la *coemptio* fiduciaire dut-elle être d'un usage fréquent.

Ainsi que Gaïus nous l'apprend sous Adrien cette *coemptio* perdit toute utilité.

SECTION III.

Manus sacrorum interimendorum causa.

Cicéron dans son discours Pro Murena (n° 12) nous révèle l'existence de cette troisième application de la *manus : sacra interire majores noluerunt, jurisconsultorum ingenio, senes ad coemptiones faciendas, interimendorum sacrorum causa reperti sunt*. Mieux encore que dans les cas précédents, nous voyons ici faiblir les anciens principes. Le culte du foyer n'est plus qu'une charge dont on cherche à se débarrasser, tout en conservant l'héritage qui y est attaché. La femme par la *coemptio* tombait sous la *manus* d'un vieillard pauvre et sans enfants ; tous ses biens étaient acquis à ce dernier et avec eux passait sur sa tête l'obligation aux sacrifices. Il la mancipait à un autre citoyen qui l'affranchissait et il lui rendait un à un tous les biens qui composaient l'hérédité. Le *coemptionator* restait héritier et par conséquent soumis aux charges que ce titre imposait, notamment à l'accomplissement des *sacra*. A sa mort qui ne pouvait tarder, étant donné son âge, sa succession restait sans héritier puisqu'il ne possédait aucun bien ; les *sacra* étaient alors irrévocablement éteints.

Les trois applications de la *coemptio fiduciæ causa* ne survinrent dans le droit romain qu'à des époques différentes et probablement assez tard, car elles tendaient à

combattre des principes fondamentaux. Cicéron parle de la *coemptio tutelæ evitandæ causa* et de la *coemptio sacrorum interimendorum causa*, comme d'institutions en pleine vigueur de son temps. Gaius nous fait connaître la *coemptio testamenti faciendi causa*, mais il nous apprend aussi qu'un senatus-consulte d'Adrien accorda à toutes les femmes sans exception le droit de tester et nous trouvons dans Ulpien la confirmation de la disparition rapide de cette application de la *coemptio fiduciaire*. *Feminæ post duodecimum annum ætatis testamenta facere possunt, tutore auctore, donec in tutela sunt.* Reg. XX, § 15.

Les deux autres applications de la *manus* fiduciaire disparurent à leur tour. La loi Claudia (798), en déchargeant les femmes de la tutelle légitime des agnats, lui enleva toute utilité et ses derniers vestiges disparurent avec la suppression complète de la tutelle perpétuelle des femmes, au IV^e^ siècle de notre ère, vers le début du règne de Constantin. (L. 2, § 1. C. de his qui ven. II, 45). Avec la chute de la vieille organisation religieuse s'éteignit l'obligation des Romains aux *sacra* et la nécessité d'user pour s'y soustraire de la *coemptio interimendorum sacrorum*.

Quant à la vraie *manus*, la *manus matrimonii causa*, engloutie par le débordement des mœurs et des institutions nouvelles, elle avait plus tôt encore achevé sa carrière. Au III^e^ siècle de notre ère on a déjà perdu complètement sa trace. Papinien (Coll. leg. mos. et rom. IV 7) et Ulpien sont les derniers jurisconsultes qui en fassent mention. Avec elle sombrait une des causes de la grandeur de Rome. La *manus*, en effet, en faisant du mariage un lien étroit et sacré, en maintenant la femme sous la dépendance du mari, en fusionnant les patri-

moines avait puissamment contribué à donner à la famille romaine une unité absolue une organisation forte et inébranlable. Or, la cité antique n'était qu'une réunion de familles.

L'abandon de ses biens fait par la femme au profit du mari la préservait du luxe et des dérèglements de conduite, ces deux causes de la décadence des nations. On peut dire que dans son existence de plus de mille ans, la *manus* a contribué plus que toute autre institution au maintien des vieilles mœurs et que par là, elle a été incontestablement une des bases les plus sérieuses de l'ancienne fortune de Rome.

Vu :

Le Président de la Thèse,

FÉLIX MOREAU

Aix, le 27 Mai 1895.

Vu :

Le Doyen,

A. PISON

Vu et permis d'imprimer :

Aix, le 27 Mai 1895.

Le Recteur,

BELIN

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION : Considérations sur l'origine de la *Manus*. . 7

CHAPITRE I. — Modes et conditions d'acquisition de la *Manus* 31

SECTION I. — Modes d'acquisition de la *Manus*. . . . 31

§ 1. *Confarreatio*. 32

§ 2. *Coemptio* 38

§ 3. *Usus*. 51

SECTION II. — Conditions d'acquisition de la *Manus*. . 57

CHAPITRE II. — Effets de la *Manus*. 65

SECTION I. — Effets de la *Manus* quant à la personne de la femme. 81

SECTION II. — Conséquences pécuniaires de la *Manus*. 99

§ 1. Du sort des biens de la femme antérieurs à la *conventio in manum*. 99

§ 2. Du sort des acquisitions et des obligations de la femme postérieures à la *Manus*. . . 108

§ 3. Du droit éventuel de la femme *in manu* à la restitution de ses biens 114

§ 4. Droits successifs de la femme *in manu* . . 129

§ 5. Droit pour le mari de désigner un tuteur à la femme *in manu* 132

Pages

CHAPITRE III. — Modes d'extinction de la *Manus*. . . . 137

SECTION I. — Extinction de la *Manus* par la dissolution du mariage 137

SECTION II. — Extinction de la *Manus* par des modes particuliers 145

§ 1. *Remancipatio* 145

§ 2. *Diffareatio* 146

CHAPITRE IV. — De la condition de la femme *in manu* et de la condition de la femme dans le mariage libre 149

CHAPITRE V. — Disparition progressive de la *Manus* . . 159

CHAPITRE VI. — *Manus fiduciaire*. 165

SECTION I. — *Coemptio tutelæ evitandæ causa*. 167

SECTION II. — *Coemptio testamenti faciendi causa*. . . . 169

SECTION III. — *Manus sacrorum interimendorum causa* . 171

Marseille. — Typ. et Lith. BARTHELET & C^e^, rue Venture, 19.